

EL IMPACTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN LA FORMA DE SELECCIÓN DE
CONTRATISTAS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESTUDIO DE CASO

Autor

Eduard Enrique Toro Peñuela.

Presentado al Profesor

Abogado. David Augusto Echeverry Botero

Una Tesis Presentada Para Obtener El Título De
Magister En Derecho Contractual Público y privado
Universidad Santo Tomas, Bogotá,
Junio 2020.

Agradecimientos

No puedo pasar por alto, y agradecer a quienes en mí confiaron para emprender este proyecto tan importante en mi vida. Primero a Dios por permitirme estar y compartir con gente maravillosa en este claustro educativo. A mis padres José Reinaldo y María del Carmen, por sus invaluable y perseverantes enseñanzas de valores y principios, a mis queridos hermanos que nunca podré olvidar. A mi adorable esposa Einy Viviana González Cano por su amor y ayuda incondicional para lograr la meta trazada. Al invaluable apoyo, ayuda y dedicación para con su alumno del Profesor y Abogado David Augusto Echeverry Botero. A las valiosas sugerencias y aportes de los doctores que evaluaron mi trabajo.

Resumen

La acción de tutela es sin duda una de las figuras más representativas de la constitución política de 1991. Es comúnmente utilizada para la protección de derechos fundamentales como la salud, cuando es puesta en peligro por alguna autoridad pública. Esta acción ha sido suficientemente estudiada en diferentes campos del derecho, y en esta ocasión la estudiaremos en el campo del estatuto general de la contratación de la administración pública, específicamente sobre su impacto en la forma de selección de contratistas. El presente trabajo inicia en un primer capítulo a partir de una importante descripción de dos casos decididos por acciones de tutela, cuyo fallo ordenó la protección del derecho a la salud de los accionantes. A partir de allí desarrollaremos una estructura en la que se describe la naturaleza jurídica de la entidad accionada. La forma para seleccionar contratistas por entidades sujetas al estatuto general de la contratación pública y, la solemnidad de los contratos estatales. Luego abordaremos la acción de tutela junto con el derecho fundamental a la salud y el cumplimiento al fallo de la tutela. Así como el estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales, la labor del juez constitucional y la importancia del derecho sustancial. Posteriormente hablaremos de la actuación de la accionada y, lo relacionado con la Action In Rem Verso, así como de los hechos cumplidos en salud. Y terminaremos con el estudio de la nulidad e inexistencia contractual para la seguridad jurídica de las actuaciones que se adelantaron por la entidad accionada.

Para abordar nuestro tema de estudio desarrollaremos una investigación cualitativa a partir del estudio de casos, que definen, la estructura que se quiere describir, con referencias en el derecho privado, público y la jurisprudencia nacional.

PALABRAS CLAVE. Contrato estatal, solemnidad contractual, tutela, action in rem verso, obligaciones, negocio jurídico, derecho fundamental.

Abstract

The action of protection is undoubtedly one of the most representative figures of the 1991 political constitution, it is commonly used for the protection of fundamental rights such as health when it is endangered by some public authority. It has been sufficiently studied in different areas of law, and on this occasion we will study it in the area of the general statute of contracts in Colombia, specifically on its impact on the form of contractor selection. The document begins in the first chapter with an important description of two cases decided by actions of protection, on which we will develop a structure in which it describes the legal nature of the entity being acted upon. Analyzes, the way to select contractors by entities subject to the statute generate of public contracting and the solemnity of state contracts. In the second chapter we will deal with the action of protection, the fundamental right to health, the compliance with the judgment of protection, as well as the constitutional status and protection of fundamental rights, the role of the constitutional judge and the importance of the substantive law. A third chapter will describe Action In Rem Verso as a judicial mechanism that prevents enrichment, as well as describe the Facts Fulfilled in Health. And we will finish with the study of the nullity and non-existence of contracts for legal security.

In order to approach our topic of study we will develop a qualitative investigation based on the study of cases that define the structure that we want to describe, with references in private and public law and national jurisprudence.

KEYWORDS: State contract, contractual solemnity, protection, action in rem verso, obligations, legal business, fundamental right

Tabla de Contenido

Introducción	1
EL IMPACTO DE LA ACCION DE TUTELA EN LA FORMA DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA - ESTUDIO DE CASO.	2
1.1. Antecedente estructural del problema de investigación.....	2
1.1.1. Caso 1.....	2
1.1.2. Caso 2.....	4
1.2. Naturaleza jurídica de la Regional de Aseguramiento en Salud.....	6
1.3. De la forma para seleccionar contratistas por entidades sujetas al estatuto contractual.....	8
1.4. Solemnidad de los contratos estatales.....	11
1.5. La acción de tutela, el derecho fundamental a la salud, el cumplimiento al fallo de tutela.....	16
1.6. El estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales.....	19
1.7. La labor del juez constitucional	20
1.8. La importancia del derecho sustancial.....	22
1.9. Action In Rem Verso un mecanismo judicial que evita el enriquecimiento.....	24
1.10. Hechos cumplidos en salud.....	28
1.11. Nulidad e inexistencia contractual para la seguridad jurídica.	30
1.12. Conclusiones.....	31
2. Referencias.....	35

Introducción

La acción de tutela ha demostrado ser una herramienta eficaz para la protección del derecho fundamental a la salud, especialmente para garantizar la prestación de servicios médicos que permitan garantizar el derecho sustantivo a los accionantes.

Es así, como la misma acción constitucional una vez fallada por el juez de tutela, genera unos efectos en los procesos de selección de los proponentes establecido en el estatuto general de contratación de la administración pública. Razón por la cual, nuestro propósito a lo largo del presente trabajo es mostrar ¿Qué impactos produce dicha acción, en los procesos de selección de contratistas, en la entidad pública sujeta al estatuto general de la contratación de la administración pública?

Para conseguir la respuesta a nuestro interrogante, comencare por exponer dos casos que describen la estructura en que se desarrollan, y a partir de allí, describiremos la naturaleza jurídica de la Regional de Aseguramiento en Salud No. 7 de la Policía Nacional, que para los casos expuestos es la entidad accionada. Luego, describiremos como es el desarrollo para seleccionar contratistas por entidades sujetas al estatuto contractual, al igual que la solemnidad que exige el contrato estatal. Para luego, hablar de la acción de tutela, el derecho fundamental a la salud y, por supuesto del cumplimiento al fallo de la acción, concomitante se hablará, de cómo es el estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales. La labor del juez constitucional, para terminar con la importancia del derecho sustancial. Posteriormente, se abordará la acción In Rem Verso un mecanismo judicial que evita el enriquecimiento, los hechos cumplidos en salud y, la nulidad e inexistencia contractual para la seguridad jurídica.

EL IMPACTO DE LA ACCION DE TUTELA EN LA FORMA DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS EN EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA – ESTUDIO DE CASO.

1.1. Antecedente estructural del problema de investigación.

Nuestro estudio inicia, con la descripción de dos casos estructurales cuyo objetivo consiste en ayudar en la comprensión de nuestra investigación. Los casos comportan varias similitudes. La primera de ellas: se trata de dos personas afiliadas al subsistema de salud de la Policía Nacional en la ciudad de Villavicencio. La segunda; el encargado de la prestación de los servicios de salud para los accionantes, es la Regional de Aseguramiento en salud número 7. La tercera: La razón por la cual los accionantes acudieron a la acción constitucional de tutela, obedece a la negativa por la entidad prestadora de los servicios de salud, del suministro de los servicios médicos que requieren, debido a la falta de contratación para la prestación de los servicios médicos. La cuarta: En los dos casos se tutelaron los derechos fundamentales solicitados y, se ordenó garantizar la prestación de los servicios médicos en un plazo de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo. El quinto: luego del fallo de tutela, la regional de aseguramiento en salud (accionada), contrató servicios médicos con la red externa, para cada uno de los accionantes sin agotar previamente los procesos contractuales establecidos en la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007.

1.1.1. Caso 1.

Los hechos datan desde el 14 de diciembre de 2019, siendo aproximadamente las

21:30 horas, mientras se encontraba realizando actividades propias del servicio de Policía y de patrulla de vigilancia, en el cuadrante asignado por el Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (MNVCC) en la ciudad de Villavicencio. La central de radio ordena conocer un caso de policía a un servidor público, en una vereda de la ciudad de Villavicencio. Justo en el momento en que estaba atendiendo el motivo de Policía, un ciudadano a quien se pretendía capturar, con un elemento corto contundente, ocasionan una grave lesión en el rostro al servidor público, específicamente en el labio superior e inferior y fractura de diferentes piezas dentarias. Producto de la fractura de las piezas dentarias se hizo necesaria valoración prioritaria por la especialidad de endodoncia. El especialista que valoró, a su vez ordenó autorización para consulta por la especialidad de rehabilitación oral. Desde el pasado 21 de enero de 2019, el servidor público lesionado ha solicitado a la regional de aseguramiento en salud No. 7 De la Policía Nacional, la expedición de la orden médica correspondiente para la valoración de rehabilitación oral. El prestador siempre le ha negado la atención por la falta de contrato de servicios médicos especializados en odontología. Ante la situación presentada, el servidor público, presenta acción de tutela para la protección de su derecho fundamental a la salud.

De la respuesta de la entidad accionada: Se resume indicando que la regional de aseguramiento en salud Numero 7, le informa al juez que ha solicitado cotización con la red externa contratada, para que se le realice el respectivo tratamiento de odontología. Por lo que se está a la espera que se autorice el pago de los servicios de odontología estética mediante acto administrativo.

Del fallo de acción de tutela: La acción constitucional fue conocida por el juzgado sexto administrativo oral del circuito de Villavicencio, quien luego de cumplir con el procedimiento establecido y, considerar que se violaba los derechos fundamentales solicitados, falló el día 09 de marzo de 2020 protegiendo los derechos fundamentales, y ordeno a la regional de aseguramiento en salud No. 7 de la Policía Nacional, que dentro del término de 48 horas, inicie el tratamiento médico especializado que requiere el accionante (Juzgado Sexto Administrativo oral del Circuito judicial de Villavicencio, sentencia No. 50001333300620200003300, 2020).

Del cumplimiento al fallo: Notificado el fallo judicial a la parte accionada, se encuentra que, no se pueden prestar los servicios médicos especializados en su propia red prestadora y, no se puede cumplir la orden judicial. La regional de aseguramiento en salud No. 7 de la Policía Nacional, sin adelantar procedimiento de selección de contratista de que trata el estatuto general de la contratación administrativa pública, contrató los servicios médicos con una Institución prestadora de servicios de salud de la ciudad de Villavicencio de la red externa y, así poder, dar cumplimiento al fallo de tutela.

1.1.2. Caso 2.

Los hechos hacen referencia a un afiliado al subsistema de salud de la Policía Nacional de 81 años de edad, con un diagnostico bastante comprometedor de salud que, mientras se encuentra hospitalizado en la Institución Prestadora de Servicios de Salud Hospital Departamental de Villavicencio, su médico tratante ordena que: previo a su alta del servicio, continúe con la hospitalización es casa, terminación de antibióticos, terapia respetaría diaria, terapia de lenguaje diaria, terapia física diaria, cuidados de enfermería

12 horas para manejo de sonda de gastrostomía, y suministro de medicamentos signos vitales y curaciones de escara. Al solicitar la prestación de los servicios médicos ordenados por el médico tratante, le fueron negados por la Regional de aseguramiento en salud Número 7, bajo el argumento que no se cuenta la posibilidad de cubrir los servicios mediante la red propia. Y la única forma sería mediante la red externa contratada, pero, debido a la falta de contratación, no es posible tampoco prestar los servicios médicos que requiere el accionante. Hechos que obligaron a acudir también a la acción de tutela.

Respuesta de la entidad: En este caso la entidad no ejerció su derecho de defensa.

Del fallo de acción de tutela. Ante la situación planteada por el accionante en la acción constitucional de tutela, el juez segundo penal del circuito para adolescentes con función de conocimiento, el día 20 de marzo de 2020, mediante sentencia judicial, acepta las pretensiones del demandante, y ordena a la Regional de aseguramiento en salud número 7, que en el término máximo e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la decisión, disponga los medios necesarios para garantizar la celeridad de la hospitalización en casa con el servicio de enfermería por 12 horas.

Del cumplimiento al fallo. Tras la orden judicial, la Regional de Aseguramiento en Salud Numero 7, contrata obligaciones con una Institución prestadora de servicios de salud IPS de la red externa, la prestación de los servicios que requiere el accionante, sin haber agotado ninguno de los procedimientos establecidos en el estatuto general de contratación de la administración pública (Juzgado Segundo Penal del Circuito para

Adolescentes con Función de Conocimiento de Villavicencio, sentencia No. 50001311800220200003000,2020).

Luego de describir nuestros casos de referencia, resulta pertinente describir la naturaleza jurídica de la entidad accionada, lo cual permite identificar el régimen contractual al cual debe atender sus actuaciones.

1.2. Naturaleza jurídica de la Regional de Aseguramiento en Salud.

El antecedente inmediato se traslada a la ley 100 de 1993, la cual trajo consigo en su artículo 279, las excepciones a la cuales no eran aplicables el contenido integral del sistema de seguridad social expuesto en su articulado. En estas excepciones encontramos principalmente a las fuerzas militares y a la Policía Nacional de Colombia, entre otras muchas entidades de derecho público exentas de su aplicación, y a las cuales se les permite guiar y reglamentar individualmente su sistema de seguridad social al interior de cada entidad.

Desde esta autorización legal el gobierno nacional expidió el decreto 1795 de 2000, por medio del cual se estructura el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, encargando en su artículo 18, a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, como parte de la estructura general de la Policía Nacional, para la administración del que se llamó, Subsistema de Salud de la Policía Nacional. En ejercicio de esta facultad la mencionada dirección expidió la resolución número 05644 del 10 de diciembre de 2019 definiendo con esto la estructura orgánica interna de la

Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, que en su capítulo III crea y desconcentra su misión principal de la prestación de servicios de salud a los usuarios y beneficiarios del Subsistema de Salud, en ocho regionales de aseguramiento en salud, entre estas, se encuentra también la Regional de Aseguramiento Número 7, con sede en la ciudad de Villavicencio (Organigrama Dirección de Sanidad Policial de la Policía Nacional, s. f.).

Dentro de las muchas funciones que tiene la Regionales de Aseguramiento Numero 7, le asiste la de garantizar la prestación de los servicios de salud al personal uniformado y sus beneficiarios en el departamento del Meta, Casanare, Guaviare, Vichada y Vaupés, a través de las Unidades Prestadoras de Salud también conocida como la red propia, o de la red contratada externa. En este último aspecto, es decir, la contratación de bienes y servicios que provengan de la red de prestadores externa, la Regional de Aseguramiento de Salud, debe dar aplicación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, también conocido como la ley 80 de 1993, así como la ley 1150 de 2007 o el decreto 1082 de 2015, por tratarse de una entidad pública de la que trata el literal b, numeral 1 del artículo 2 de la ley 80 de 1993 y, no haber sido excluida como sucedió con las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.) también creadas por la misma ley 100 de 1993 y, a quienes en su régimen jurídico de contratación, se autorizó por el derecho privado tal y como lo establece el artículo 195 de la mencionada ley.

Según lo descrito en esta primera parte, no es jurídicamente correcto, asignarle la denominación de Empresa Social del Estado (E.S.E.), a la séptima regional de aseguramiento en salud y, cuyo régimen contractual es la ley 80 de 1993. Conocido el

régimen contractual aplicable, ahora podremos identificar la forma como la entidad pública debe adelantar los procesos de selección de contratistas.

1.3. De la forma para seleccionar contratistas por entidades sujetas al estatuto contractual.

En general la ley 80 de 1993, junto con la modificación introducida por la ley 1150 de 2007, determina tres etapas obligatorias en todo proceso de selección de contratista: la preparatoria del proceso, que se puede resumir en el cumplimiento del principio de planeación; la de selección de contratista o el agotamiento del procedimiento correspondiente; y la de ejecución o también reconocida como la del cumplimiento de las obligaciones pactadas por el contratista (Zambrano Olivera, 2009, pág. 162).

Aunque inicialmente el estatuto general de la contratación pública, de manera general, designaba únicamente dos procesos de selección de contratistas, la Licitación pública y la contratación directa. La modificación que trajo la ley 1150 de 2007, procurando la eficiencia y transparencia en los procesos de selección de contratistas, los modificó en los que hasta la fecha conocemos como: licitación pública; la selección abreviada; el concurso de méritos; contratación directa y por último la contratación de mínima cuantía. (Pachón Lucas, 2014, págs. 61,66).

Por supuesto que cada procedimiento de selección de contratista tiene una duración diferente para conocer la propuesta seleccionada. Para la licitación pública, (Ivanega, 2011, págs. 257-276) se procede cuando la cuantía del proceso excede de 1000

salarios mínimos legales mensuales vigentes (Fernández Ruiz, 2015, págs. 75-83), y el cumplimiento de sus etapas (Mantilla-Pallares, 2014, págs. 156-158) se estima en dos meses para su adjudicación.

La Selección Abreviada, pese a crearse con el fin de agilizar la contratación (Araújo Oñate & Jouve García, 2010, págs. 331-338), se estima que en la práctica puede realizarse en un término aproximado de 45 días, siempre y cuando la entidad cuente con estudios y documentos del proceso sólidos en sus características (Bossano Lomellini, 2011, pág. 277) y lo que representa.

Por su parte, los acuerdos Marcos de Precios, concebido como un mecanismo de agregación de demanda, al cual pueden recurrir entidades obligadas y no obligadas a la aplicación de la ley 80 de 1993 (Martin Tirado, 2013, págs. 305-353), a través de Colombia Compra Eficiente, en un catálogo de productos, se estima que tiene una duración que depende básicamente de la gestión de Colombia compra eficiente.

La menor cuantía, en cambio, representa la selección de contratistas, conforme la cuantía que la misma ley 1150 de 2007 en su artículo 2 numeral 2 a dispuesto, según el presupuesto de cada entidad pública sujeta al estatuto de la contratación (Rosero Melo, Contratación estatal, manual teórico - práctico, 4ta edición, 2019, págs. 137,138), puede tardar mínimo un mes, garantizando todos las etapas y siempre y cuando respondan a una eficiente planeación.

La Contratación Directa, dio prioridad a la imposibilidad o inconveniencia de hacer plural la participación de oferentes, no se considera el factor precio, por el contrario depende mucho del estudio previo, el cual debe soportar la justificación legal, técnica y

económica para optar por esta modalidad, por la condición especial de esta modalidad de selección, la ley a dispuesto las causales taxativas en las cuales procede contratar directamente: una de ellas es la urgencia manifiestas de que trata el artículo 42 de la ley 80 de 1993; los contratos de empréstitos; la contratación de actividades científicas y tecnológicas definidas en el decreto ley 591 de 1991; contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión; los artísticos; el arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles; cuando no exista en el mercado pluralidad de oferentes; y por último los contratos interadministrativos, estas modalidades de selección, aunque pueden reducir sustancialmente los términos para contratar, solo proceden en los casos taxativamente señalados en la ley (Ramírez R., 1995, págs. 168-188).

La Contratación de Mínima Cuantía, desarrollada por el artículo 94 de la ley 1474 de 2011 (Rosero Melo, 2016, pág. 215), básicamente consiste en que la entidad, realiza una invitación a presentar propuestas. De los oferentes que presentan ofertas, la entidad pública, únicamente evalúa la de menor precio (Ríos Parra, Diosa, Pérez Ruiz, & Serrano Guzmán, 2017, págs. 36,37), de no cumplir con las condiciones de la invitación y, no subsanar dentro del plazo otorgado, se procede a la segunda mejor propuesta, y así sucesivamente hasta lograr su adjudicación mediante una carta de aceptación de oferta. Esta modalidad de selección de contratista puede llegar a durar mínimo una semana siempre y cuando se cuente con bases sólidas en los estudios previos y, solo puede aplicar a la entidad accionada cuanto sea en cuantía de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como se puede ver, los procesos de selección de contratistas para las entidades

sometidas a la ley 80 de 1993, están plenamente definidos y desarrollados tanto por el estatuto general de la contratación de la administración pública, como la ley 1150 de 2007 e incluso el decreto 1082 de 2015. En ese entendido, la Regional de Aseguramiento en Salud, debía acudir inicialmente al proceso de selección de mínima cuantía para la adquisición de los servicios que requerían los accionantes.

Cabe reconocer en este punto, que en ninguna de las posibilidades de seleccionar los contratistas, encaja la que se puede considerar la orden judicial, para ser más específico, que provenga de un fallo de acción de tutela. Pero aún más importante, resulta el hecho de que, en el mejor de los casos, el proceso de selección de contratista más corto podría cumplirse como mínimo en una semana. Obviamente estos procesos deberán garantizar la solemnidad contractual que exige los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993 (Gonzalo, 2015, págs. 193,194) y la cual a continuación estudiaremos.

1.4. Solemnidad de los contratos estatales.

Se trata de un requisito ubicado en los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993, y nos conlleva primero a comprender lo que la figura jurídica exige para su solemnidad y además para comprender la actuación de la entidad objeto de nuestro análisis.

Este concepto lo debemos abordada partir del principio de legalidad, con el cual podemos reconocer la teoría general del contrato estatal, aceptando de plano, que hay contrato administrativo por disposición de la ley, cuando su objeto está determinado para la ejecución de un servicio público y/o que tenga cláusulas exorbitantes (Rodriguez,

2011, pág. 415). Se puede reconocer entonces una condición especial del contrato estatal, y obliga a una alineación con parámetros establecidos en la ley, proscribiéndose cualquier forma de costumbre para su formación en la administración pública, (Chavarro, 2016, pág. 23).

La característica tal vez más representativa en el contrato estatal, es que se exige una formalidad escrita para que nazca a la vida jurídica o se perfeccione (ley 80, 1993, art 39,41), sin olvidar que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativo y, por lo tanto inmodificable e inderogable por el querer de sus destinatarios (Consejo de estado, sentencia del 19 de noviembre de 2012, 2012).

La instrumentación escrita es entonces un valor ad solemnitatem y, constituye una formalidad ad substantiam actus, una afirmación que se comparte por el Consejo de Estado, al disponer que se perfecciona cuando se logre una acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito, este concepto, debe ser entendido en general sin hacer distinción a un tipo de contrato y, esto resulta trascendental para la jurisdicción contractual, quien podrá negar la acción por no probarse la existencia del negocio jurídico (Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 16855, 2006).

Jaime Orlando Santofimio Gambo sostiene que: “los contratos estatales, por regla general, son contratos solemnes, lo cual a la luz del artículo 1500 Código Civil, significa que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto” (Santofimio, 2000, pág. 290). Algo similar sostiene Luis Guillermo Dávila Vinueza, al indicar que: “El contrato estatal es solemne en cuanto la manifestación de voluntad es ineficaz si no se expresa bajo la forma ad solemnitatem o

ad substantiam actus. Se trata entonces de un requisito de la existencia del contrato cuya omisión impide el nacimiento de cualquier efecto contractual” (Dávila, 2001, pág. 375). Así las cosas, todas las entidades públicas deben procurar que todas las actuaciones contractuales sean válidas y eficaces, lo que permite generar una seguridad jurídica a las partes que intervienen, garantizando que se pueda cumplir el contrato y respetar los acuerdos (Amazo, 2009, pág. 201).

La condición de que el contrato es firme y generador de obligaciones, como lo expusimos anteriormente, no es otra que, la denominada por la legalidad de la actuación, y no es cualquier convención el que vincula, sino únicamente el que ha sido legalmente celebrado, este vínculo produce entonces obligaciones que no podrán desatarse por sí solas. Un contrato legalmente celebrado cumple los requisitos de validez y, el cumplimiento de la solemnidad permite que sea existente y no contraría los límites de la autonomía privada, esto le permitirá garantizar los efectos jurídicos esperados (Hinestrosa Forero, 2001, pág. 32).

No cabe duda que el contrato estatal, requiere del cumplimiento de un procedimiento de selección de contratista, para luego perfeccionarse mediante la solemnidad legal “constar por escrito”, diferente por ejemplo al caso de una situación de urgencia manifiesta (Rodríguez R., 2002, págs. 388,389) la cual no exige el cumplimiento de la escrituralidad contractual (Burlada Echeveste, 2018, pág. 56) los procedimientos de selección de contratistas, elaboración de estudios previos y expedición de acto administrativo de justificación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de junio de 2015, 2015).

Cuando la demostración contractual exija una solemnidad, y esta constituye en un documento, no será admisible ningún otro tipo probatorio, en efecto un contrato válidamente celebrado, se rige por la *lex contractus*, *pacta sunt servanda*, y no podrá ser inválido si no por consentimiento mutuo o causas legales (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de abril de 2016, 2016).

El precedente jurisprudencial del contrato estatal desconociendo la solemnidad contractual, ha sido claro al no reconocer su nacimiento en la vida jurídica, principalmente por no obrar por escrito (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 9072, 1994). Por lo que del citado artículo 39 de la ley 80 de 1993, al prescribir que los contratos que celebran las entidades estatales deben constar por escrito (*contrato litteris*), contrario sensu, a la disponibilidad aceptada en el derecho privado, que es la consensualidad (*solus consensus obligat*) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 21128, 1994, sentencia del 19 de septiembre de 2011, consejera ponente, Ruth Stella Correa Palacio). Concepto que se apoya también en el artículo 898 y 899 del código de comercio, al disponer que será inexistente, el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, y en las nulidades absolutas de los contratos, una de ellas, hace referencia, por contrariar una norma imperativa (Gil Echeverry, 2018, pág. 37). Ahora bien, si lo que se pretende como debería ser obvio, es que el contrato como negocio jurídico despliegue todos sus efectos jurídicos en el derecho, entonces se debe revestir de validez para poder exigir sus obligaciones

introducidas (Jimenez Valderrama, 2019, pág. 67).

En este mismo orden, se hace necesario el reconocimiento de la facultada del legislador para definir la solemnidad de los contratos, en cuyo caso para el contrato estatal, en existencia del estatuto general de la contratación de la administración pública, se dispuso una solemnidad, al cual se deberán subordinar todas las obligaciones contractuales que se quiera adquirir por la administración, algo distinto a lo que sucedía en el decreto 222 de 1983 en donde la solemnidad no se encontraba tan legalmente definida (Santaella Quintero, 2011, págs. 144,145).

Todas estas consideraciones permiten suponer que la solemnidad hace referencia a un documento escrito o un documento tipo, pero aún quedan vacíos sobre como la jurisprudencia del Consejo de Estado realmente acepta la mencionada solemnidad y, que mejor ejemplo que el caso estudiado para preguntarnos ¿cómo debe entenderse la solemnidad contractual pública para ser considerada aceptada?

En este sentido el Consejo de Estado, ha procurado concluir que el perfeccionamiento de los contratos estatales se logra cuando las partes logran un acuerdo sobre el objeto, un acuerdo sobre las prestaciones y estos acuerdos se eleven a escrito (artículo 41 ley 80 de 1993). Precisamente frente a esta expresión, debemos reconocer que no corresponde a un documento tipo, por el contrario puede este requisito cumplirse cuando las partes tuvieron intercambio de documentación por cualquier canal de comunicación (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 42532, 2013) con el propósito de acordar el objeto y la contraprestación como podría ocurrir con la nueva contratación electrónica (Barriuso Ruiz, 1998, págs. 123-142).

Actualmente, no falta claridad sobre la solemnidad del contrato estatal, pero se puede acercar nuestra apreciación al considerar, que no cabe duda de la escrituralidad del contrato, previo el agotamiento de los procedimientos de selección de contratistas que hemos estudiado (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2018, pág. 580).

En este sentido la orden judicial y, teniendo en cuenta la forma como reconoce la accionada que celebró el contrato (pago por acto administrativo) no se encuentra una posible relación jurídica, que permita reconocer una verdadera solemnidad contractual según los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993 (Garcia & Tomas, 2008, págs. 526,530,531).

Ahora, es pertinente hablar de la acción de tutela, como medio utilizado por los administrados para garantizar su derecho fundamental a la salud, y lo que implica el cumplimiento a la orden judicial que de ella derivo.

1.5. La acción de tutela, el derecho fundamental a la salud, el cumplimiento al fallo de tutela.

La acción de tutela señalada en el artículo 86 de la Constitución Política es el ejemplo más claro del mecanismo para lograr el reconocimiento de derechos y garantías. Se considera de paso como la institución procesal de rango constitucional más importante en la historia de Colombia, devolviendo la materialización de derechos constitucionales, y proporcionando la cultura democrática fundada en la persona y sus derechos (Carrera, 2011, págs. 72-94). Con la acción de tutela, el estado colombiano, permitió garantizar el

cumplimiento a lo establecido en el artículo 2.3, a) del pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 25.1 del pacto de San José (Madrid-Malo, 2004, pág. 65).

De la acción de tutela señalada el artículo 86 de la Constitución Política, y reglamentada por el decreto 2591 de 1991, se tienen dos características esenciales: ser preferente y sumaria (Cifuentes Muñoz, 1997, págs. 165,166) y ser un medio efectivo con la cual se busca la protección pronta y eficaz mediante un proceso urgente regido por los principios de celeridad, economía, postergación o disminución del derecho de contradicción, eficacia y publicidad (Alvarez, 2008, págs. 11-13). Esta acción busca la protección inmediata de los derechos fundamentales que podrían estar amenazados o violados por la acción u omisión de las diferentes entidades públicas o de los particulares (Cifuentes, 2006, pág. 165).

Por su parte el derecho fundamental a la salud, no tuvo un camino fácil para su reconocimiento, pese a que en el derecho internacional, esta apreciación de derecho ya había sido concluida y aceptada desde 1940, en primer lugar cuando la Organización mundial de la Salud (OMS) en 1946 en la conferencia sanitaria internacional, se estableció que el preámbulo que la salud debía ser entendida como un estado completo de bienestar tanto físico, mental y social, no solamente ante la ausencia de afecciones o enfermedades (Cortéz González, 2015, pág. 2), y se resaltó lo fundamental de su derecho sin distinción; en el mismo sentido la organización de Naciones Unidas, en su texto destacó la salud como derecho humano o fundamental incluyendo la salud como uno de ellos.

Ya para el año 2000, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (PIDESC), en el artículo 12, desarrolla con profundidad el derecho a la salud, vinculando a los estados para que este se garantice en el más alto nivel posible; sin embargo en nuestro país, luego del gran desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la salud como derecho fundamental o prestacional, parece haberse resuelto con la ley 1751 de 2015, que reguló ya a la salud como un derecho fundamental (Acosta Navas, 2018, págs. 39-58).

Actualmente y ante la imperiosa necesidad de elevar a fundamental el derecho a la salud, el legislador expidió la ley 1751 del 16 de febrero de 2015 con la cual se busca la regulación del derecho positivo del derecho fundamental a la salud. Sin embargo, la acción de tutela sigue siendo el mecanismo idóneo para garantizar la protección rápida de este derecho fundamental (Vèlez, 2005, pág. 207).

El fallo que profiere el juez constitucional con ocasión de una demanda para la protección de los derechos fundamentales conforme el decreto reglamentario de la acción de tutela (decreto 2591 de 1991), no podrán ser inhibitorios y, deberán contener además de las varias identificaciones de las partes accionado y accionante, la determinación del derecho tutelado, seguido por la orden y, definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela cuyo plazo perentorio para el cumplimiento de lo resulto en ningún caso podrá exceder de 48 horas para la protección o resarcimiento al derecho fundamental. Y aunque estos fallos de primera instancia, se pueden impugnar dentro de los tres días siguientes a que se profiera y se notifique la decisión, este recurso resulta procedente, pero sin perjuicio del cumplimiento a la orden judicial.

No cabe duda de que los accionantes utilizaron la acción constitucional más

idónea para la protección de sus derechos fundamentales a la salud (Esguerra Portocarrero, 2004, pág. 117), y el cumplimiento al fallo puso a la entidad accionada en una posición desfavorable para garantizar su cumplimiento (Lucas Ortégón, 2017, págs. 215-239), lo que obligó, a contratar con empresas según consta en el ejercicio de la defensa, de la red externa mediante un procedimiento del que no se tiene antecedentes en la ley 80 de 1993 o la ley 1150 de 2007.

Como se ha hecho relación, cuando se trata de derechos fundamentales como los que buscó proteger los accionantes, es imperioso hacer relación a su fundamento constitucional, en el que se desprende una valoración superior al derecho positivo.

1.6. El estado constitucional y la protección de los derechos fundamentales

La concepción del estado constitucional, se fundamenta en el reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías, constituyéndose un fin en sí mismo. La Constitución como norma fundamental, representa el marco de desarrollo de una sociedad pluralista. Los conflictos que se presentan se resuelven a través de la constitución por medio de los principios y valores reconocidos. El ordenamiento jurídico debe ajustarse al contenido constitucional. La guarda en el estado constitucional es el tribunal constitucional, quienes tiene la obligación de preservar y ampliar los derechos por medio de la interpretación de la Constitución Política (Häberle, 2003, págs. 105-107).

En Colombia, La nueva concepción de estado social de derecho fundada a partir de la constitución de 1991, permite concebir nuestro modelo de estado con lineamientos

directamente representativos en la carta magna, más parecida a la common law, en cuanto a la introducción de la Corte Constitucional y, la dotación de mecanismos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, como sucede con la acción de tutela (Echeverry Botero, 2019, pág. 99)

Por su parte los derechos fundamentales en el estado constitucional, representan el papel más importante para su desarrollo, y se puede incluso asegurar que los derechos fundamentales son la representación positiva de los derechos humanos (Duran Ribera, 2002, pág. 190). Una noción más acertada, es aquella en la cual, se reconoce a los derechos fundamentales, como derechos subjetivos universales a los seres humanos. Subjetivo de una parte positiva que representa una prestación, y negativa de no ser lesionado (FERRAJOLI, 2012).

Como se hizo mención, las acciones que desarrollaron los accionados, corresponden a una concepción superior de un estado constitucional que, ante el derecho positivo contractual del cual hacía referencia la accionada no les garantizaba a los accionantes sus derechos. Razón por la que en el siguiente título se estudiara la labor del juez constitucional frente a la solicitud de protección de los derechos fundamentales.

1.7. La labor del juez constitucional

La llegada de la acción de tutela con el constituyente de 1991, dio paso a la creación de la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional conforme el artículo 241 de la Constitución Política, pasando por el reconocimiento a cada uno de los jueces

las competencias para el conocimiento de acciones de tutela conforme el decreto 1983 de 2017.

En este sentido, también surge el razonable cuestionamiento para determinar la labor que cumple el juez constitucional al momento de conocer y fallar acciones constitucionales de tutela a partir del artículo 86 de Constitución Política. En este sentido, se reconoce al juez constitucional, como administrador de justicia con una profunda formación en la defensa y protección de derechos fundamentales, y con gran capacidad para identificar las afectaciones al núcleo esencial de los derechos fundamentales, llegando a ser necesario limitar el debido proceso para garantizar el amparo real de los derechos que se buscan proteger.

En su labor, el juez constitucional se encuentra facultado incluso, para fallar aún más allá de las pretensiones de la demanda, puede realizar las actuaciones que considera necesarias para identificar realmente los derechos que se vulneran (Marino, C. B. (2006). La acción de tutela en el ordenamiento constitucional Colombia. Consejo Superior de la Judicatura.). En esta nueva etapa, la labor del juez constitucional, tuvo un dramático cambio, pasando de impartir justicia directamente, a generar un postulado normativo: por un lado, la norma era la premisa mayor, la premisa menor resultaban ser las situaciones fácticas y, como conclusión se reconocía el fallo; a un segundo momento: la potestad de creación legal mediante reglas determinadas generalmente expuestas en la jurisprudencia y de obligatorio cumplimiento, con lo que hoy se reconoce como precedente judicial. Este tema sin duda ha generado un debate en torno a definir si mediante la teoría de la separación de poderes los jueces están creando derecho

(Echeverry Botero, 2019, pág. 100) conllevando un clima de inseguridad jurídica. Lo cierto es que hay quienes defienden la creación del tribunal constitucional como protector de la constitución como norma suprema. Incluso se afirma que una constitución sin poder de anulación de los actos inconstitucionales, no resulta ser una constitución obligatoria. Sin embargo, por seguridad jurídica, las decisiones del juez constitucionales no podrían tener efectos retroactivos. Pero sobre lo que no existe duda alguna es de la imposibilidad jurídica de crear derecho positivo precisamente debido a la teoría de la separación de poderes (López Daza, 2011, pág. 179).

La labor del juez en los casos analizados, no ha sido diferente a la labor constitucionalmente encomendada para la protección de los derechos fundamentales, en este sentido las decisiones judiciales provenientes de un fallo de tutela que adquieren una obligatoriedad de cumplimiento por la entidad accionada, pero que si se nota, el juez constitucional ante el derecho positivo al que hizo relación la accionada, no encuentra razones para referirse, pues la protección de los derechos fundamentales son superiores a este.

Ahora nos referiremos a la importancia del derecho sustancial como factor claramente determinante al momento de proteger en un estado constitucional.

1.8. La importancia del derecho sustancial

Cuando nos referimos al derecho sustancial, hacemos referencia a los derechos en abstracto, por decir el derecho fundamental a la seguridad social, el derecho a la salud.

Mientras tanto el derecho procesal es el instrumento para hacer materializar el derecho sustancial, y su efectividad se desarrolla por medio del derecho formal representativo de la actividad jurisdiccional (Corte Constitucional, Sentencia No. C-029/95, 1995). En el artículo 228 de la Constitución podemos encontrar la cláusula de primacía del derecho sustancial, aplicable especialmente en la administración de justicia. La Corte Constitucional ha otorgado a este artículo una valoración precisa al desarrollar una línea jurisprudencial del exceso de rigor en los procedimientos, indicando que existe exceso de rigor cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, negando la administración de justicia, o cuando el operador jurídico por exceso de ritual probatorio declina la justicia (Patiño Mariaca, 2013).

Por mandato constitucional se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, y como en el caso de acudir a la acción constitucional de tutela, no será necesaria representación de abogado. En materia de derecho constitucional, sobre la protección de derechos fundamentales, el derecho sustancial representa sin duda una mayor prelación sobre el derecho procesal. La justicia constitucional no es propiamente una justicia rogada, que si bien es necesario reclamar ante los jueces aun en el caso en el cual la reclamación no es suficiente para que el juez decida, aun así, no podrá dejar de cumplir con su obligación constitucional de protección de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-095/16, 2016).

En el caso de estudio, no cabe duda que el juez de tutela dio prioridad al derecho sustancial de los accionantes, aún por encima de la incipiente respuesta de la accionada al

juez de tutela. El derecho a la salud como sustancial, se privilegió por encima de los principios y reglas del estatuto contractual de la administración pública.

Todo esto recordemos se originó por la fuerza de vinculación de la misma acción de tutela, que se puede considerar pone a prueba cualquier estructura positiva que una entidad debe aplicar como el caso de la accionada para contratar servicios médicos.

Recordando los casos de estudio, encontramos una posible justificación legal a las actuaciones de la administración fuera del marco de los procedimientos de selección de contratistas, pero que al final podremos concluir si resulta procedente o no.

1.9. Action In Rem Verso un mecanismo judicial que evita el enriquecimiento

En la cotidianidad de la ejecución de un contrato estatal, se dio origen a una situación que pocas veces pudo ser planificada desde su comienzo, esto es la ejecución de obras o la prestación de servicios adicionales al contrato inicialmente celebrado.

Situación que conllevaba a que pudiera presentarse un desequilibrio en las relaciones contractuales, que sin embargo merecen ser compensadas bajo la equidad traducida en el equilibrio o arreglo a la ruptura patrimonial (Arias Fonseca, 2013, págs. 147,148) mediante la vía de lo que se ha denominado action in rem verso.

La action in rem verso representa una autonomía de carácter sustancial más que procedimental. Más que una acción es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra. En materia de derecho privado la Corte Suprema de Justicia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Exp. 24897, 2012) sostiene que para la acción in rem verso se requería

por una parte de un enriquecimiento, y un empobrecimiento de la otra, acompañado de la ausencia de una causa que justificara ese desequilibrio patrimonial, se debe carecer de otra acción que permitiera la restitución, y no pretender eludir una disposición imperativa de la ley.

En materia de lo contencioso administrativo se reconocen dos posiciones. La primera de ellas: es positiva, y reconoce el enriquecimiento sin causa, como título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del estado, sin considerarlo como una fuente autónoma de obligaciones (Bernal, 2013, pág. 269) donde en algunas pocas sentencias ordena la indemnización plena de perjuicios olvidando que su obligación solo produce la compensación al empobrecimiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Sentencia 2001-00670, 2017). Por su parte la tesis negativa: considera la posibilidad de negar la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa para regular la situación sin contrato. Teniendo en cuenta que las solemnidades son garantías que cubren intereses públicos y particulares, entonces cuando un particular presta un servicio con el conocimiento de no estar amparado por el ordenamiento jurídico, no puede aprovecharse de su propia culpa para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la ley. La actual posición, señala que la aplicación generalizada de la teoría del enriquecimiento sin causa ha omitido requisitos relevantes como, que el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica, que mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa, y que el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Exp. 14669, 2007).

La jurisprudencia del consejo de estado, ha centrado su atención en el medio de control para la procedencia de la pretensión de enriquecimiento sin causa, y se cuestiona si se trata de una acción autónoma o el medio de control de reparación directa. Hasta el año 2009 la jurisprudencia reconoció el carácter autónomo del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa y, de la action in rem verso como mecanismo procesal adecuado para ventilar la controversia. Reconociendo el carácter extracontractual y acepta la reparación directa como medio de control. La posición actual en este mismo tema afirma el carácter autónomo e independiente del activo in rem verso, en primer lugar, por la imposibilidad de acudir mediante el medio de control de controversia contractual ante la ausencia de contrato estatal. En segundo lugar, de acudir mediante el medio de control de reparación directa, porque contraviene el carácter indemnizatorio de su naturaleza, con el compensatorio de la pretensión del enriquecimiento (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer, Exp. 15079, 2008)

De esta manera podemos afirmar que la action in rem verso, tiene una serie de características esenciales para su procedencia. La primera es de naturaleza subsidiaria, es decir solo procede siempre y cuando no exista otra acción para el restablecimiento del patrimonio. La acción tiene un rango excepcional, dado que el traslado patrimonial injustificado no deber tener nacimiento en ninguna fuente de las obligaciones del artículo 1494 del código civil. Tercero se trata de una acción única y exclusivamente compensatoria pues la mencionada acción requiere para su procedencia el no pretender

desconocer o contrariar una norma imperativa (Gonzalo, 2015, pág. 321), tal y como se expresa en los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993 al disponer que el contrato estatal es solemne previo agotamiento del procedimiento señalado por el legislador.

En la unificación de jurisprudencia del consejo de estado, se acepta la procedencia de la *action in rem verso*, en los casos excepcionales fundamentados en razones de interés público o general así: I) cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía de su autoridad o de su Imperium impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo. II) en los casos que sea urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que debe aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general el cual consiste en que esta circunstancia haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal decisión. III) En los que debiéndose declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite la declaración y procede a solicitar la ejecución de obras o servicios y el suministro de bienes sin contrato escrito, casos en los

cuales no se esté excepcionadas conforme el artículo 41 inciso 4 de la ley 80 de 1993 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Exp. 24897, 2012).

Justificar una contratación por parte de una entidad sujeta al estatuto general de la contratación de la administración pública, de un servicio médico proveniente de orden judicial por un fallo de tutela, mediante acto administrativo, no comporta una razón jurídica suficiente para evitar los procesos de selección de contratistas, y teniendo el contratista de buena fe la posibilidad de recuperar su patrimonio por los servicios prestados mediante la acción in rem verso, su concepción negativa no permitirá tener los resultados pretendidos. Aun la unificación jurisprudencia prevé una regla para poder realizar contratación al margen del cumplimiento de la solemnidad contractual cuando se trate de casos urgentes y necesarios algo que tampoco se considera en los casos analizados.

En esta misma línea los hechos cumplidos en salud se consideran para nuestro estudio, también una posible justificación que vale la pena estudiar.

1.10. Hechos cumplidos en salud

Las actuaciones contractuales sobre temas de prestación de servicios de salud, no se escapan de esta práctica en la cual también existen por supuesto excepciones, como ocurre por ejemplo en la atención de urgencia médica a personas que lo requieran, en este caso, y por obvias razones la ley otorga una aceptación justificada al comportamiento claramente definido en el artículo 168 de la ley 100 de 1993, al permitir la atención a toda

persona en pro de la protección a la vida, por cualquier entidad sin importar el régimen al que pertenezca sin consideración a su capacidad de pago (Leuro Martínez, 2017, pág. 66), obviamente sin tener que esperarse previamente autorización de servicios o suscripción de contratos con una entidad administradora de salud, y su reconocimiento dinerario se realizara mediante acto administrativo, un hecho que sin lugar a dudas aunque parecido no se compara con la existencia de hecho cumplidos.

Una forma un poco más técnica para comprender los hechos cumplidos, y su incompatibilidad con el régimen legal, resulta del análisis de la concepción del estatuto orgánico del presupuesto (Decreto 111 de 1996), el cual expresamente prohíbe a las entidades públicas contraer obligaciones sin contar previamente con el certificado de disponibilidad presupuestal, prescripción normativa acogida por el artículo 13 de la ley 1485 de 2011, que prohíbe también el trámite de obligaciones cuando se han configurado hechos cumplidos.

En la gestión contractual, que se puede describir en nuestro análisis de la entidad accionada, fácilmente se puede estar en una falta de aplicación de los principios de planeación, incurriendo en el ordinario error de constituir hechos cumplidos. En consecuencia, todas aquellas obligaciones contraídas por una entidad pública sujeta al estatuto general de la contratación de la administración pública, con excepción de atención de urgencias no están llamadas a producir efectos jurídicos, esto aplica por su puesto a los casos de nuestro estudio.

Finalizamos nuestro análisis con un tema que nos ayudara aún más a comprender los efectos jurídicos que produjo la acción de tutela, sobre los actos que adelantó la

accionada.

1.11. Nulidad e inexistencia contractual para la seguridad jurídica.

La necesidad de una seguridad jurídica en los contratos, permitió la creación de medios de protección efectivos como son la nulidad, anulabilidad (Monroy Cabra, 2006, pág. 534) y la inexistencia. Entendida que la nulidad es la sanción más grave que puede detentar el negocio jurídico haciéndolo ineficaz con necesidad de declaración judicial. Encontramos principalmente la incapacidad absoluta, objeto ilícito y la causa ilícita (Monsalve, 2016, pág. 40). Por su parte la anulabilidad, de efectos jurídicos menos graves (Ayala Escorza, 2017, págs. 13,14) permite que el negocio jurídico permanezca hasta que judicialmente no se pida su anulación. Generan la anulabilidad, la incapacidad relativa, error, dolo y violencia. Por su parte la inexistencia se presenta por faltar los elementos de existencia como el consentimiento, objeto y causa, y en cuanto a la falta de solemnidad se puede afirmar que genera inexistencia antes que nulidad y no será necesario declaración judicial (Jiménez Valderrama, 2013, págs. 115-123).

La contratación pública recoge en su artículo 44 de la ley 80 de 1993 tanto las nulidades del derecho común (Dávila Vinuenza, 2016, pág. 745) como cinco más específicas y especializadas. El mismo estatuto anuncia en su artículo 39 una formalidad legal cuya inobservancia mutaría el negocio jurídico en inválido (Ley de contratos (2a.ed.), 2018). Se trata de la imperiosa obligación de que el contrato conste por escrito.

Así las cosas la falta de solemnidad del contrato que sirvió para dar cumplimiento a la orden del juez de tutela debe hacerse mediante *ad solemnitatem* o *ad substantiam*

actus, y su consecuencia deriva en la inexistencia de cualquier efecto contractual, advirtiéndole que nuestro ordenamiento no puede aceptar comportamientos de la administración negligentes o descuidados (Dávila Vinuena, 2016, pág. 534). Siendo una facultad del constituyente, determinar que los contratos estatales regidos por la ley 80 de 1993 son solemnes, y que dicha solemnidad hace referencia a que el contrato debe constar por escrito como único elemento probatorio y, fuente obligacional de las partes, cuya inobservancia como ha quedado sentada por la ley, genera la inexistencia del negocio jurídico. Esta situación, aunque puede generar una desprotección al contratista de buena fe, permite contrarrestar la falta de atención de las instituciones públicas sujetas al estatuto en su gestión administrativa, generando una privación al negocio de todos los efectos que está llamado a producir, efectos que pueden no ser solamente actuales sino los futuros y anteriores a la formación, y lo interesante resulta que no permite ratificación de las partes para subsanar o conservar el efecto del acto (Hinestrosa, 1999, págs. 143-161).

Lograr la seguridad jurídica de los actos jurídicos que adelanto la accionada es fundamental. Esto no parece haber ocurrido con la gestión de la accionada al reconocer un contrato al margen de los procedimientos contractuales establecidos. Sin embargo, se contempla la posibilidad de validar las actuaciones desde las subreglas del consejo de estos para la acción in rem verso.

1.12. Conclusiones.

Este trabajo permite ilustrar al lector sobre dos tipos de conclusiones resultantes, una de ellas las directamente relacionadas con los casos descritos y, que sirvieron para basar nuestro análisis; y las otras como la acción de tutela impactan en la forma de selección de los contratistas. De esta manera podemos describir las primeras de ellas de la siguiente manera:

En los casos que sirvieron de estudio para nuestra investigación, la protección constitucional de tutela permitió a los dos accionantes, que sus derechos fundamentales fueran protegidos por el juez constitucional directamente, frente a los mismos de la administración pública.

En los dos casos estudiados, se pudo identificar que el juez de tutela en poco o casi nada, toma como consideraciones para decidir el problema jurídico las normas contractuales públicas, produciendo un realce jurídico de la acción constitucional frente a casos de derechos fundamentales y gestiona de la administración pública.

El término para dar cumplimiento al fallo constitucional, en ambos casos fue de 48 horas, esto como efecto de la rigidez que demanda la misma acción de tutela que busca proteger derechos fundamentales de manera inmediata.

Aunque se trató de hechos originados en dos situaciones disímiles, de una parte una actividad laboral y otra comuna por decirlo de alguna manera, la acción concurre para ambos como procedente y la radiación de sus efectos convergen en necesidad de protección a interés superiores a las normas contractuales.

Así por su parte, las conclusiones de nuestra investigación al derecho podemos describirla de la siguiente manera:

La acción de tutela tiene un impacto de superioridad en la forma de selección de contratistas en el estatuto general de contratación de la administración pública, ya que sus efectos de orden constitucional y de supremacía de los derechos fundamentales que proteja, hace que el derecho positivo rígido para la selección de contratistas ceda totalmente para garantizar la superioridad de la constitución política.

Los fallos originados en acciones de tutela contienen la efectividad de un derecho sustancial para el accionante, el cual es de obligatorio mediante la orden del juez de cumplimiento en el término otorgado para el accionando. Lo cual significa que los efectos de la acción de tutela impactan directamente con la taxatividad y rigidez del procedimiento de selección de contratista bajo la ley 80 de 1993, puesto que ninguno de ellos podría garantizar el cumplimiento a la orden dentro del término de 48 horas legalmente establecido.

Los procesos de selección de contratistas establecidos en el estatuto general de la contratación de la administración pública en su obligatoriedad positiva para la administración, no ha permitido la integración efectiva de la acción constitucional de tutela, por cuanto cada proceso de selección está plenamente reglamentado y no se ha considerado el cumplimiento de orden judiciales como causal de contratación. Esto implica la necesidad de que el legislador incluya en los procesos de selección de contratistas la causal de cumplimiento a ordenes judiciales, en un procedimiento preferente y sumario.

Eventualmente podría una entidad pública sujeta al estatuto general de contratación de la administración pública, celebrar contratos al margen de la solemnidad contractual que la ley 80 de 1993 exige, pero solo cuando con ellos se evite una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud.

2. Referencias

- Acosta Navas, J. P. (2018). Pueblos indígenas, acción de tutela y derecho fundamental a la salud: una lección por aprender. *Revista Diálogos de Derecho y Política*, (19), 39-58.
- Alvarez, P. D. (2008). *TUTELA ANTICIPADA*. Buenos Aires: ALVERONI EDICIONES.
- Amazo, P. D. (2009). *¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?* Bogotá: Estudios Socio-Jurídicos, 9(2).
Obtenido de Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>
- Araújo Oñate, R., & Jouve García, A. (2010). *La Ley 1150 de 2007: ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Arias Fonseca, J. L. (2013). El enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso en materia de responsabilidad estatal por realización de obras, prestación de servicios y suministro de bienes sin contrato estatal. *Jurídicas CUC (Barranquilla)*, 147,148.
- Ayala Escorza, M. D. (2017). *Contratos civiles*. Mexico: IURE editores. Obtenido de Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>
- Barreto Moreno, A. A. (2019). *El Derecho de la Compra Publica, primera edicion*. Legis Editores S.A.
- Barriuso Ruiz, C. (1998). Contratación Electrónica. *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, (19), 123-142.

- Bernal, F. . (2013). *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>
- Bombillar Saenz, F. M., Gutierrez Alonso, J. J., Perez Martos, J., Torres Lopez, M. A., & Villalba Perez, F. L. (2014). *Nociones básicas de contratación pública*. Difusora Larousse - Editorial Tecnos.
- Bossano Lomellini, L. M. (2011). La subasta inversa: un mecanismo de contratación pública eficiente y transparente. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (66), 277-285.
- Botero Marino, C. (2006). *La accion de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*.
- Burlada Echeveste, J. L. (2018). *La vía de hecho en el derecho administrativo francés. Génesis, desarrollo y configuración actual de la theorie de la voie de fait*. JM Bosch.
- Carrera, S. L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), 72-94.
- Chavarro, C. J. (2016). *Contratación estatal y registro único de proponentes (4a. ed.)*. Bogotá: Grupo Editorial Nueva Legislación SAS. Obtenido de Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>
- Cifuentes Muñoz, E. (1997). *LA ACCION DE TUTELA EN COLOMBIA*. TALCA, CHILE: Ius et Praxis, 3(1).
- Cifuentes, M. . (2006). *La acción de tutela en Colombia*. Santiago de Chile: Red Ius et Praxis. Obtenido de Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>

- Cortéz González, J. C. (2015). *Ley estatutaria de salud*. Legis Editores S.A.
- Dávila Vinuenza, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá: Legis S.A.
- Dávila, V. (2001). *Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Legis.
- Duran Ribera, W. R. (2002). La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional. *Ius et Praxis*, 8(2), 177-1794. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200006>.
- Echeverry Botero, D. A. (2019). *Sistema Financiero y bursátil*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Legis.
- Fernández Ruiz, J. (2015). El Contrato Administrativo y la Licitación Pública. *Derecho & Sociedad*, N° 44, 75-83.
- FERRAJOLI, L. (2012). *Derechos y Garantías: La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Gamero Casado, E., & Fernández Ramos, S. (2018). *Manual básico de Derecho Administrativo (14a. ed.)*. Difusora Larousse - Editorial Tecnos.
- García, d. E., & Tomás, R. F. (2008). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Palestra.
- Gil Echeverry, J. H. (2018). *La nulidad absoluta en contratación mercantil*. Legis Editores S.A.
- Gonzalo, S. B. (2015). *Estudios de derecho contractual publico*. Bogotá: Legis Editores SA.

- Häberle, P. (2003). *El estado constitucional* (Vol. 47). Fondo Editorial PUCP. Obtenido de <https://doi.org/10.22201/ij.9786070285561>
- Hinestrosa Forero, F. (2001). Principio del Pacta Sunt Servanda: y la Estipulación de Intereses. *El. Con-texto*, 12, 32.
- Hinestrosa, f. f. (1999). Eficacia e ineficacia del contrato. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX* (Valparaíso, Chile, 1999), 143-161.
- Ivanega, M. M. (2011). El procedimiento de la licitación pública. *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*, (66), 257-276.
- Jiménez Valderrama, F. (2013). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Legis Editores S.A.
- Jimenez Valderrama, F. (2019). *Curso de Obligaciones*. Legis Editores S.A.
- Laverde Álvarez, J. M. (2016). *Manual de procedimiento administrativo sancionatorio*. Legis Editores S.A.
- Leuro Martínez, M. (2017). *Contratación para los servicios de salud*. Ecoe Ediciones.
- Ley de contratos (2a.ed.)*. (2018). Málaga - España: ICB editores.
- López Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones constitucionales*, (24), 169-193. Obtenido de Recuperado en 27 de junio de 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=es&tlng=es. 179.
- Lucas Ortigón, C. A. (2017). Actividad contractual de entidades territoriales a la luz de los principios de la contratación estatal. *Advocatus*, (28), 215-239.

- Madrid-Malo, G. M. (2004). *Derechos fundamentales, conozcolos, ejerzalos y defiendelos*. Bogotá: Panamericana Editorial Ltda. 3R Editores.
- Mantilla-Pallares, C. M. (2014). IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA EN EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA. *REVISTA PRINCIPIA IURIS* N°. 22, 156-158.
- Martin Tirado, R. J. (2013). El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Derecho Administrativo*, (13), 305-353.
- Monroy Cabra, M. G. (2006). *INTRODUCCIÓN AL DERECHO*. Bogotá: Temis S.A.
- Monsalve, A. O. (2016). *MANUAL DE OBLIGACIONES* (Septima edicion ed.). Bogotá: TEMIS S.A.
- Pachón Lucas, C. (2014). *Contratación pública: Análisis normativo descripción de procedimientos*. Bogotá: ECOE EDICIONES. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/usta/titulos/70423>
- Pachón, L. C. (2014). *Contratación pública: análisis normativo, descripción de procedimientos, estatuto general, normas complementarias, decretos 1510 de 2013 y 791 de 2014, directrices de Colombia compra eficiente* (6a. ed. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Patiño Mariaca, D. M. (2013). La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (119),, 655-703.

- Ramírez R., J. O. (1995). El procedimiento de contratación directa en la ley 80 de 1993. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (95), 169-188.
- Ríos Parra, I. H., Diosa, J. S., Pérez Ruiz, D. D., & Serrano Guzmán, M. F. (2017). Revisión del cumplimiento de requisitos habilitantes en procesos de selección mínima cuantía. *Lámpsakos*, 1(18), 35-42.
- Roa, R., & Roa, D. (2008). *Régimen de contratación estatal*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Rodriguez R., L. (2002). *Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimotercera edicion* . Bogota: TEMIS S.A.
- Rodriguez, R. L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rosero Melo, B. C. (2016). *Contratación estatal Manual teórico-práctico, 3ra edicion*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Rosero Melo, B. C. (2019). *Contrataciòn estatal, manual teòrico - pràctico, 4ta ediciòn*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Rosero, M. B. (2011). *Contratacion estatal: manual teòrico pràctico*. Bogotá: Ediciones de la U; Retrieved from <https://ebookcentral.proquest.com>.
- Santaella Quintero, H. (2011). La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado. *Revista de Derecho Fiscal*, (3), 144,145.
- Santofimio, G. J. (2000). *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vèlez, A. L. (2005). *LA ACCION DE TUTELA: ¿UN MECANISMO DE PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD Y UN PROCESO ALTERNO PARA ACCEDER A SERVICIOS DE SALUD?* Cali: Red Colombia Médica.

Vidal Permono, J., & Molina Betancur, C. (2019). *Derecho Administrativo, Decimoquinta edicion.* Legis S.A.

Zambrano Olivera, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, 17, 162.

Constitución.

Constitución Política de Colombia. (1991)

Ley.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993) Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (ley 80 de 1993).

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) Sistema de Seguridad Social Integral. (ley 100 de 1993).

Congreso de Colombia. (6 de noviembre de 1997) Convención Interamericana contra la Corrupción. (ley 412 de 1997).

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1998) Organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional (ley 489 de 1998).

Congreso de Colombia. (16 de julio de 2020) Se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 (ley 1150 de 2007).

Congreso de Colombia. (12 de Julio de 2011) 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 (Ley 1474 de 2011).

Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015) Se regula el derecho fundamental a la salud (Ley 1751 de 2015).

Sentencia.

Corte Constitucional. (2 de febrero de 1995) Sentencia No. C-029 del 1995. (MP Jorge Arango Mejía).

Corte Constitucional. (25 de febrero de 2016) Sentencia T-095 del 2016. (MP Alejandro Linares Cantillo).

Consejo de estado. (19 de noviembre de 2012) Sentencia del 19 de noviembre de 2012. (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de estado, Sección Tercera. (29 de noviembre de 2006), Expediente 16855. (MP Fredy Ibarra Martínez.).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (4 de junio de 2015) Sentencia del 4 de junio de 2015. (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (1 de abril de 2016) Sentencia del 1 de abril de 2016. (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de enero de 1994) Expediente 9072.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (19 de septiembre de 2011) Radicación 23001-23-31-000-1999-00355-01(21128). (MP Ruth Stella Correa Palacio).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (17 de abril de 2013) Sentencia del 17 de abril de 2013 Expediente. 42532.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera. (19 de noviembre de 2012) Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897. (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de febrero de 2017) Radicación número: 70001-23-31-000-2001-00670-02 (38.724). (MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer (7 de junio de 2007) Radicación Número 52001-23-31-000-1995-07018-01(14669). (MP Jaime Arturo Dorado Moreano).

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer (30 de julio de 2008) Radicación Número 07001-23-31-000-1996-00511-01 (15079). (MP Ramiro Saavedra Becerra).

Juzgado Sexto Administrativo oral del Circuito judicial de Villavicencio. (09 de marzo de 2020) Sentencia No. 50001333300620200003300. (Juez Gustavo Adolfo Ariza Mahecha).

Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Villavicencio. (20 de marzo de 2020) Sentencia No. 50001311800220200003000. (Jueza María Esperanza Torres González).