



**ACREDITACIÓN**  
INSTITUCIONAL EN  
**ALTA CALIDAD**  
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

## **LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO Y SU RÉGIMEN EXCEPTUADO DE CONTRATACIÓN**

**Angélica María Guzmán Posada**

Autora

Monografía presentada para optar el título  
**MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA**

Escuela de Posgrados

Medellín

2023

**José Rodrigo Flórez Ruiz**  
Rector  
Universidad Autónoma Latinoamericana

**Hernán Darío Aguiar Garcés**  
Decano  
Escuela de Posgrados

**Nataly Vargas Ossa**  
Coordinadora  
Maestría en Derecho Administrativo

**Edna Rocío Hoyos**  
Directora

**Línea de investigación**  
Contratación Estatal

**Juan David Montoya Penagos**  
**Santiago Morales Quijano**  
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 27 de noviembre de 2023 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 31 de 2023.

## **Dedicatoria**

*A Dios y su Santo Espíritu por llevarme a tomar la decisión de realizar esta maestría, por darme la fuerza para no desistir en el camino y la sabiduría y humildad para entender desde siempre que para ser un buen profesional; es necesario ser un buen ser humano. A mi hijo Juan Sebastian, mi madre querida Yayita de mi corazón y a mi papá Pachito, a quienes amo infinitamente.*

## **Resumen**

En materia contractual, las Empresas Sociales del Estado están reguladas por el derecho privado a pesar de suscribirse con presupuesto público. El propósito de la investigación es analizar cómo la contratación que se produce en tales entidades goza de una discrecionalidad que fácilmente puede facilitar actos de corrupción. Los motivos para que se contrate de esta manera no tienen el suficiente peso jurídico para que, a estos procesos contractuales, se les dé un trato uniforme independiente de su objeto, ejecutándolos todos al margen de la Ley 80 de 1993. Aplicando una metodología dogmática, en el trabajo se propone una modificación normativa que apunta a la aplicación indiscutible de los principios constitucionales y de la función administrativa en la contratación que se suscribe en las Empresas Sociales del Estado.

## **Palabras clave**

Derecho privado, principios de la contratación pública, discrecionalidad excesiva, manuales de contratación, corrupción.

## Tabla de contenido

Introducción .....	6
Capítulo I: Las Empresas Sociales del Estado como categorías especiales de naturaleza publica que actúan como régimen privado .....	12
1.1 Origen de las Empresas Sociales del Estado y su regulación normativa .....	13
1.2 La obligatoriedad de aplicar los principios constitucionales y de la administración publica en los procesos contractuales de las Empresas Sociales del Estado .....	20
Capítulo II: La Contratación de las Empresas Sociales del Estado: emitida, suscrita y ejecutada a la luz de sus propios manuales.....	12
2.1 Análisis de los procesos contractuales que realizan las Empresas Sociales del Estado.....	31
2.2 La contratación de los regímenes exceptuados como puente facilitador de actos de corrupción.....	40
2.3 Propuesta lege ferenda para proteger los recursos de la salud.....	48
Conclusiones .....	50
Referencias.....	54

## INTRODUCCIÓN

La aplicación de un régimen privado de contratación en las Empresas Sociales del Estado –en adelante ESE– para la adquisición de bienes y servicios, catalogados como no urgentes, ha venido vulnerando los principios de imparcialidad, publicidad, eficacia, libre concurrencia, transparencia, entre otros, aplicables a esta materia. Lo anterior, ha llevado a que la adquisición de estos servicios o bienes que, directamente, no tienen que ver con la prestación de servicios de salud constituyan una fuente potencial de corrupción en dichas empresas. Una investigación a nivel de profundización genera los suficientes elementos para sostener que omitir la mayoría de las modalidades contractuales establecidas en la Ley 80 de 1993 dentro de las ESE, carece de fundamentos relevantes e implica que estas se estén administrando con exagerada libertad, lo que da paso a la satisfacción de intereses personales de quienes las administran.

La contratación que suscriben las ESE tiene relación con el Derecho administrativo, pues se trata de instituciones de carácter público, a través de las cuales, el Estado presta servicios de salud a la ciudadanía. Esta investigación pretende incidir en la concepción que comparten los funcionarios públicos, los administradores de las ESE, las juntas directivas, órganos de control y la ciudadanía sobre la forma en la que estas empresas contratan. Su proceder contractual se ha justificado en el hecho de que “la salud es su razón de ser”, por tanto, han dejado de lado la licitación pública, la selección abreviada y demás modalidades establecidas en la Ley 80 de 1993 que podrían emplearse cuando las ESE requieran bienes y/o servicios ajenos a los de la salud, lo que ocurre constantemente.

El propósito de esta investigación es analizar el alcance del régimen exceptuado de contratación de las Empresas Sociales del Estado (régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993) a la luz de los principios establecidos en la Ley 80 de 1993, en aras de evaluar si se encuentran reconocidos en los procesos de contratación de este tipo de entidades y, en caso negativo, como se pretende demostrar, analizar la incidencia de este desconocimiento de principios, en el fenómeno de la corrupción. Además de ello, se analiza la pertinencia y oportunidad de proponer una nueva reglamentación en la que no se generalicen todos los procesos contractuales que se suscriben en las ESE, vinculando solo los contratos orientados a la prestación

de servicios de salud con el derecho privado y que los procesos contractuales al margen de la salud sean regulados con base a los preceptos de la Ley 80 de 1993.

Esta investigación, nivel profundización, tiene como finalidad determinar que la forma de contratar de las ESE debería modificarse atendiendo a los procesos de diversa índole realizados por este tipo de entidades. La pretensión expuesta en el numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993 busca que las ESE tengan autonomía en los procesos contractuales que requieren suscribir. Pero se ha dejado a un lado el hecho de que estas entidades legalizan, además de procesos cuyo objeto es la prestación de servicios de salud, contratos con otros objetos ajenos a este derecho fundamental. Esta falencia no ha sido debidamente analizada y ha facilitado el manejo de recursos públicos de manera indebida.

Años atrás fue tenida en cuenta esta posición por el Consejo de Estado, concretamente, en el año 1998 el máximo juez de la administración pública provocó cierta confusión, ya que, frente a la contratación ejercida dentro de las ESE, tuvo dos posiciones. Respecto de los contratos que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública), el Consejo de Estado opinó que se exceptuaban del régimen de derecho privado. Más tarde, en el año 2000, este órgano dio un giro a su primera posición aduciendo que

pretender que las ESE estén atadas al estatuto general de contratación en los casos que prevé el artículo 32 de la Ley 80, es restarle valor a la disposición general del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, artículo que saca de este régimen a toda la contratación de estas entidades estatales, sin hacer distinción de ninguna clase (Lozada, 2016, p. 57).

En contraposición a lo manifestado por el Consejo de Estado, se establece que tal disposición no es una razón suficiente para tratar con uniformidad los procesos contractuales que deben suscribirse en las ESE.

La prevalencia de ese último precepto emitido por el Consejo de Estado en relación con el tema ha ocasionado el abuso de la discrecionalidad otorgada a los administradores de las ESE, al estar

siendo utilizado como ancla para la malversación de los recursos de estas entidades. El impacto de la investigación radica en que la reinterpretación del modelo de contratación llevaría a una reestructuración en la operación de las ESE. Lo expuesto implica, entre otras variables, que los estatutos que regulan la contratación de las ESE, que son establecidos según los parámetros dados por el Ministerio de Salud y Protección Social, regulen de forma exclusiva la contratación que concierne directamente a la salud. Por lo anterior, se originarían limitantes a las malas prácticas de satisfacción de intereses particulares y, por ende, de corrupción, la cual se ha dado gracias a esta libertad que tienen las ESE para adelantar sus procesos contractuales.

Ha sido una concesión injustificada el hecho de equiparar toda la contratación que se realiza en las ESE, a la fundamental que se suscribe en pro de prestar servicios de salud. La pretensión es que se modifique lo que durante tanto tiempo se ha realizado de una forma permisiva que, por ende, ha facilitado aún más los actos de corrupción y que llegase a ser la contratación de las ESE un híbrido entre lo público y lo privado. Que cese el abuso que se ha ejercido tomando el principio de celeridad, como excusa para obviar otros principios. Con lo anterior, se lograría que se genere una verdadera aplicación de fondo a los principios constitucionales y de la función administrativa, los cuales se han dejado al margen de la contratación de estas empresas con la justificación de que, al prestar servicios de salud, los contratos no pueden ser sometidos a los tiempos que determina la Ley 80 de 1993 y demás normas reglamentarias.

En aras de alcanzar el objetivo planteado, el texto se divide en dos capítulos: el primero de ellos aborda a las ESE como categorías especiales de naturaleza pública que actúan con un régimen privado. En este describen inicialmente las generalidades del régimen de contratación pública, (Ley 80 de 1993) que es aplicado comúnmente a las entidades públicas que, a diferencia de algunas, como las ESE, son un régimen exceptuado de esta normativa, pues suscriben sus procesos contractuales a la luz del derecho privado. Además de ilustrar sobre las ESE desde su origen, regulación normativa y jurisprudencia sobre estas, de una forma sistemática, se adentra en el problema de investigación desde el nacimiento de las empresas dentro de las cuales surge esta problemática.

En el segundo capítulo se desarrolla el problema concreto que ilustra sobre la no aplicación de los principios constitucionales y de la función administrativa en los procesos de contratación que se realizan en las ESE. Se analizan estos procesos contractuales a la luz de los manuales internos de contratación de éstas, evidenciando la discrecionalidad de quienes las dirigen para elegir contratistas y, posteriormente, suscribir los contratos. Se demuestra que la incidencia de los principios sobre este régimen exceptuado es mínima, disfrazada o nula, pues con la investigación se concluye que estas entidades públicas han sido dejadas al azar desde hace muchos años, bajo el pretexto de la prioridad con la que se deben prestar los servicios de salud, sin ahondar en la realidad, ni en el día a día que se vive en dichas entidades hospitalarias.

Si bien se ha establecido que tales empresas podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación, en el último capítulo se muestra que la Ley 80 de 1993 es muy ajena a las ESE: estas cláusulas no son comúnmente utilizadas y tampoco necesarias generalmente. Debido a lo anterior, se genera un detrimento patrimonial al interior de estas instituciones, ya que se favorecen intereses personales generando actos de corrupción. La intención del legislador al no obstaculizar la prestación de un servicio vital con procesos contractuales que ameritan tiempos establecidos en la Ley se ha prestado para que empresas del Estado sean administradas como empresas privadas, lo que conlleva problemas en el manejo de recursos públicos destinados a garantizar un derecho fundamental. Conforme lo anterior, se presenta una propuesta *lege ferenda* que busca proteger los recursos destinados a la salud.

El método aplicado es dogmático. La investigación dogmática supone tres factores comunes: problemas típicos, enfoques en relación con el problema y técnicas de investigación. Entre los problemas típicos de la dogmática encontramos la indeterminación lingüística y jurídica (Courtis, 2006). Esto ocurre cuando las normas no son suficientes para resolver un caso o cuando los diseños que existen brindan soluciones que no son plenamente compatibles con los principios y valores que fundamentan las instituciones. Así, en la aplicación del derecho, surgen problemas de coherencia en el sistema normativo, las instituciones se cruzan y, en la interpretación de disposiciones, hay desacuerdos. A partir de estos aspectos, el problema planteado se desarrolla mediante una investigación dogmática.

Las ESE son instituciones que, a título de argumento, gozan de una libertad enorme en materia contractual. La discrecionalidad mencionada podría afectar el futuro de tales entidades, por ende, a los usuarios que se benefician de sus servicios.

La razón que da cuenta de este hecho sería el uso de una interpretación de su régimen jurídico que extiende la aplicación de normas especiales en materia contractual a asuntos que no tienen una relación directa con los servicios de la salud. En el desarrollo de la investigación se utiliza un enfoque descriptivo y prescriptivo (Courtis, 2006). A partir del enfoque descriptivo se da a conocer el origen de las instituciones y se contextualiza sobre la naturaleza jurídica del tema objeto de estudio. Una vez se describe, de forma minuciosa, cuál es el régimen utilizado para contratar en las ESE, se adopta una posición crítica. El enfoque descriptivo no excluye el enfoque prescriptivo, pues es posible utilizar ambos en una investigación. A partir del enfoque prescriptivo se realiza una evaluación de los diseños institucionales. El enfoque prescriptivo posee dos niveles: el primero se enfoca en interpretaciones dadas a materiales emitidos por el Estado. El segundo pretende proponer al legislador cambios en el derecho, es decir, un nuevo diseño institucional plasmado en un proyecto de ley o, en el mejor de los casos, en un acto legislativo.

En este trabajo sostengo que las ESE necesitan una intervención del Estado que no han tenido, pues este se ha limitado a realizar exigencias que, dado el nivel de endeudamiento existente actualmente en ellas, no es posible acatar con rigurosidad. El presupuesto de estas entidades es actualmente insuficiente para que las pretensiones del Gobierno sean llevadas a cabo. Tras años de malas prácticas contractuales que la normatividad que regula las ESE ha permitido que se generen, la insolvencia económica de dichas entidades es cada vez más notoria. Lo anterior posiblemente generará una pronta crisis quizás nunca antes vivida en el sector salud.

El legislador, al pretender garantizar el derecho fundamental a la salud, adoptó este régimen exceptuado de la Ley 80 de 1993, sin prever que facilitaría con ello la corrupción que constantemente se realiza en ellas. No obstante, la fórmula para erradicar la corrupción de las ESE no es adecuar su sistema de contratación como un híbrido entre lo público y lo privado. Tales prácticas requieren una veeduría más ardua en cabeza de profesionales idóneos, entre muchas otras acciones administrativas. Sin embargo, que se regulen los procesos contractuales que están al

margen de la salud a través de esta ley, restringiría, en gran parte, la discrecionalidad que ha incidido tanto en el manejo de estos recursos públicos.

## **CAPITULO I**

### **1. LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO COMO CATEGORÍA ESPECIAL DE NATURALEZA PÚBLICA QUE ACTÚAN COMO RÉGIMEN PRIVADO**

En este primer capítulo se presenta la génesis del tema, abordando la normatividad que regula la contratación de este tipo de entidades públicas, especificando los aspectos generales de la contratación definidos en la Ley 80 de 1993. Se explica, de forma general, la consistencia de las diferentes modalidades de selección de contratistas, los tiempos establecidos para suscribir los procesos, los principios generales, entre otros aspectos de esta ley, en los cuales se evidencia que las ESE son una categoría especial y, por ende, que están exceptuadas de este régimen, a pesar de ser, como su nombre lo dice empresas del Estado. Se describe, además, el origen de las ESE, cuál es la normatividad que las crea y regula, además de la manifestación doctrinal existente al respecto, contextualizando sobre lo que son estas empresas, su estructura general y organización.

El objetivo de este capítulo es conocer el origen y la normatividad que regula las ESE para poder así adentrarnos en el desarrollo de la investigación teniendo claridad sobre el surgimiento de estas empresas y lo que generó que, a pesar de ser entidades estatales, su regulación no sea el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Lo anterior, con el fin de sentar bases de conocimiento sobre el tema y entender aspectos específicos en el transcurso de la investigación en profundización. En aras de alcanzar el objetivo expuesto, el capítulo se desarrolla en dos partes: en la primera de ellas se narra cuál fue el origen de las ESE, cuál es su fundamentación normativa y qué ha establecido, respecto de su contratación, la jurisprudencia. En la segunda se analiza la obligatoriedad de aplicar los principios constitucionales y de la administración pública en los procesos contractuales de las ESE.

El resultado de este primer capítulo será, entonces, el entendimiento concreto, general y específico de todo lo que concierne a la creación de las ESE, a la normatividad que las regula en cuanto al desarrollo de sus procesos contractuales, a la falta de reformas legales sobre su regulación normativa y a lo que están obligadas con relación a la Ley 80 de 1993. Es una descripción que desencadena una posición crítica basada en el conocimiento específico de su funcionamiento.

## **1.1. Origen de las Empresas Sociales del Estado y su regulación normativa**

Para poder hablar de salud y, en general, de seguridad social en Colombia es necesario conocer el tema antes y después de la Ley 100 de 1993. Como lo indica Morantes Hernández (2018), antes de esta normatividad, el sistema de salud, en Colombia, era un sistema segmentado: una población de estratos altos contaba con la prestación de servicios a través de la medicina prepagada; una población de estrato medio a través del Seguro Social y, la de estratos bajos, acudía a hospitales públicos, que se les llamaba, peyorativamente, hospitales de caridad. En el país, existía el sistema nacional de salud a través de unas secretarías seccionales de salud que, realmente, eran juez y parte, porque manejaban los recursos, nombraban los funcionarios, hacían las auditorías, lo que, finalmente, se tradujo en un sistema ineficiente, con mucha corrupción y, con muy poca cobertura en el sector (p. 1).

Las ESE nacen a la vida jurídica al evidenciarse los problemas mencionados respecto al sistema de salud en Colombia. Por ello, el Gobierno Nacional expidió la Ley 100 de 1993 y, en ella, las estableció como 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 (art. 194, *ibídem*). Según el artículo 1 del Decreto 1876 de 1994, el objeto de las ESE es la prestación del servicio de salud, entendido como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En una nota periodística, *El Tiempo* (2005) describe que

Las ESE, iniciaron no sólo con las deudas del Instituto de Seguros Sociales – ISS, si no que además recibieron para su operación; equipos obsoletos, infraestructura en mal estado e inhabilitada para los servicios, como también bases de datos de información desactualizadas, por lo que nacieron prácticamente muertas (p. 1).

El propósito de este cambio fue la erradicación de los problemas previamente señalados. En términos de Fedesarrollo - Centro de Investigación Económica y Social (2011):

El sistema presentaba una baja calidad de los servicios, había ineficiencia en el gasto y baja cobertura. De hecho, el 40% de las personas no aseguradas, en su gran mayoría población pobre, prefería ser atendida en el sector privado, a pesar de ser la población objetivo del sector público en salud. La red hospitalaria pública era muy ineficiente, debido entre otras

variables a la existencia de convenciones colectivas demasiado generosas, que otorgaban a los empleados de estos hospitales una serie de prebendas con el fin de aumentarles su salario, y a la asignación de una nómina paralela como consecuencia de las necesidades políticas de cada departamento. Esta ineficiencia llevaba a aumentar los recursos destinados al sector salud sin ninguna contraparte en términos de cobertura o calidad del servicio (pp. 44-45).

Ahora, son directamente las alcaldías quienes nombran a los gerentes de las ESE. El alcalde nombra y posesiona a quien dirigirá la entidad de salud y es el que, además, funge como presidente del máximo órgano de estas, que es su junta directiva. Por lo mismo, se podría concluir que, lo de juez y parte, pasó de ser de las secretarías de salud a los alcaldes de cada municipio. Por ello, el sistema no ha dejado de ser ineficiente y la corrupción continúa siendo fácil de producirse. La Ley 100 de 1993 fue diseñada con la intención de hacer frente a un sistema de atención en salud inequitativo, con serios problemas de acceso y calidad para la mayor parte de la población colombiana. En la perspectiva de análisis adoptada en esta investigación, es posible plantear con Díaz Murillo (2017) que este es un modelo de política neoliberal impuesto por organismos externos para condicionar préstamos internacionales (p. 1). La Ley 100 de 1993 dispone, en su artículo 194, cuál es la naturaleza de las ESE estableciendo que:

Son las ESE quienes constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, las que están a cargo de la responsabilidad de la Nación y/o las entidades territoriales, en cuanto a la prestación de servicios de salud se refiere y asumen esta responsabilidad en forma directa. Estas empresas sociales del Estado tienen personería jurídica, además de su propio patrimonio y la autonomía administrativa para manejarlo, son creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en ese capítulo.

De acuerdo con lo anterior, según Concepto 323361 de 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública

Las ESE son instituciones prestadoras de servicios de Salud que tienen como función prestar servicios según el nivel de atención de los afiliados y beneficiarios,

dependiendo de los distintos regímenes en los que se divide el sistema. Estas instituciones hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS.

El sistema de salud colombiano cambió de manera importante en el año 1993 cuando el sistema nacional de salud pasó a un sistema de seguridad social en salud, básicamente, con la expedición de un nuevo marco legal como fue la Ley 100 de 1993. En ese año, mediante dicha Ley, se abordaron tres subsistemas: uno es el que hace referencia a salud, otro al de pensiones y, el último, al de riesgos profesionales. En el tiempo, han ido evolucionando con unos nuevos marcos legales que han reformado este sistema y, entre esos marcos legales, se pueden mencionar la Ley 715 del 2001, la Ley 1122 del 2007, la Ley 1393 del 2010, y la Ley 1438 del 2011. La Ley 100 de 1993 efectuó un cambio total en la forma en la que se financiaban los recursos en el país y, adicionalmente, en cómo se aplicó el sistema de seguridad social, que se establece en todas partes del mundo, hacia la población pobre.

Con el modelo de la Ley 100 de 1993 se dio inicio al pago de aportes, a través de la nómina, para los empleados, a quienes se les aplica un descuento desde la empresa en la que laboran sobre un porcentaje de su salario y, de ahí, se toma para el régimen subsidiado. Es de resaltar que esto generó que las entidades promotoras de salud (EPS) tuvieran unas redes de servicio y no solamente atendieran a la población vinculada laboralmente a una empresa, sino que la población pobre tuviera todo el respaldo que tiene también el trabajador que devenga un salario. La reforma al sistema de salud tuvo como fin evitar el monopolio del Estado sobre la salud y permitir el derecho de la competencia con la incorporación de las EPS. Con esto, se pretendió también evitar las largas filas que se tenían antes del año 1993 en las puertas de los hospitales y mitigar ese aplazamiento de servicio que tanto se generaba. La gente de menores estratos no tenía un derecho como tal que exigir. Esto cambió con la implementación de muchos prestadores, tanto privados como públicos. Morantes Hernández (2018) afirma que

El factor más importante de la Ley 100 es la ampliación de la cobertura del servicio el cual fue más universal, pues el porcentaje que logró ampliarse en cuanto a la población atendida tuvo un aumento representativo, debido a que antes de la Ley 100 de 1993 era atendida un 23% logrando con la puesta en práctica de la ley atender

a un 97%. Lo anterior favoreció en gran manera a los estratos 1 y 2 ya que dichos estratos antes de la Ley 100 no tenían acceso a estos servicios de salud. No obstante, ello causó que iniciara a colapsar el sistema (p. 4).

En términos de Morantes Hernández (2018), en menos de 20 años se pasaron de atender a 8 millones de pacientes, a atender 45 millones, lo que evidentemente genera una mayor integración al sistema, pero en medio del caos que produce la espera y la sobrepoblación que se ocasiona en las entidades de salud. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, realizada en el año 2010, aproximadamente el 88% de los colombianos estaban afiliados al sistema, pero a la fecha dicha población ha tenido un incremento que puede llegar al 97%. Lo que origina que para obtener una cita con un médico especialista exista una espera de más de 18 días.

La Ley 100 de 1993 trajo consigo la obligatoriedad de la afiliación al sistema para todos los colombianos. Un sistema que conlleva obligatoriamente inclusión en programas de prevención y promoción de la salud, emisión de diagnósticos, tratamientos y rehabilitación. Además de la libertad que tiene el trabajador de escoger la EPS y las instituciones prestadoras de servicios de Salud (IPS). Lo anterior, cuando se trata de usuarios cotizantes que laboran, pero las ESE atienden generalmente usuarios afiliados al régimen subsidiado, creado para atender la población más pobre que se financia con recursos del Estado y de los afiliados en la medida que su capacidad económica lo permite. El objeto de las ESE, de conformidad con la Ley 100 de 1993, es prestar servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social que corresponde, en forma directa, a la Nación o a las entidades territoriales.

Aun con lo expuesto, desde la implementación de la Ley 100 de 1993, la agilidad para que se paguen los servicios prestados a la red pública o a la red privada no han sido muy eficientes. Esto ha llevado a que un número muy importante de los hospitales y clínicas se consideren en crisis por la falta de liquidez de recursos. Las ESE manejan los recursos con la libertad que les da el hecho de ser entidades descentralizadas con autonomía administrativa y financiera y, a pesar de que los entes de control fiscal han encontrado hallazgos que tienen que ver con el mal uso de los recursos en todo sentido, concretamente con la indebida contratación, continúa la discrecionalidad dada a los administradores de las ESE. No ha existido una reforma de fondo que genere un cambio

representativo en pro del cuidado de los recursos de la salud, de su buen manejo y de la prevención y sanción de la corrupción que se efectúa por la permisividad de la normativa que las regula en el marco contractual.

El Decreto 1876 de 1994, en su artículo 4, establece los objetivos de las empresas sociales del Estado de la siguiente forma:

La producción de servicios de salud efectivos y eficientes con estándares de calidad establecidos en la norma, logrando el cumplimiento cabal de la reglamentación expedida para tal fin. Asegurar que las ESE serán rentables no solo financieramente sino también socialmente, ofreciendo los servicios que la población necesite conforme a la ejecución de los recursos de los cuales dispongan, teniendo siempre una utilización apropiada del presupuesto. Brindar a las personas tanto naturales como jurídicas, además de las Entidades Promotoras de Salud, los paquetes de servicios de salud que soliciten a precios competitivos, es decir que no estén por encima de los precios ofrecidos en el mercado. Además, evolucionar constantemente en cuanto a los servicios que prestan, incluyendo en este progreso a la comunidad para que esta participe según lo establecido en la normatividad vigente (Ley y reglamentos), en los avances que se proyecten dentro de las instituciones de salud. Esto con el objetivo de alcanzar la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía en torno a las ESE.

La organización de estas entidades hospitalarias se encuentra descrita en el artículo 5 del Decreto 1876 de 1994 de la siguiente forma:

Las ESE deberán estar organizadas en una estructura que integre tres áreas, las cuales son: Dirección, Atención al usuario y logística. La primera de ellas, la conformará la Junta Directiva como máximo órgano de cada ESE y la gerencia en cabeza del administrador. En cuanto a la Atención al usuario; es un área amplia que debe estar conformada por el personal encargado del proceso de la producción de los servicios de salud y su debida prestación, aplicando los procedimientos y ejecutando las actividades que logren su cumplimiento. La tercera área: está encargada del mantenimiento locativo y de infraestructura de las entidades

hospitalarias. Integra el personal que debe poner en marcha el Plan anual de adquisiciones y planear conformando un engranaje con las demás áreas, pues estas deben concatenarse para el debido funcionamiento del talento humano y el buen manejo de los recursos físicos, financieros y de información. Los recursos de los cuales se debe ocupar el área logística son necesarios para alcanzar los objetivos misionales de la organización, logrando la visión planteada por cada institución.

La Ley 100 de 1993 señaló, en el numeral 6 de su artículo 195, al disponer el régimen jurídico de las ESE, que se registrarán por el derecho privado en materia contractual. Por lo mismo, para las ESE, la legislación aplicable será la civil o comercial. Conforme a ello, al no estar sujetas las ESE a la Ley 80 de 1993 tienen autonomía para seleccionar a sus contratistas, ciñéndose a sus reglamentos internos. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil afirma que

A pesar de que el estatuto contractual solo se aplica para las ESE con respecto a las cláusulas excepcionales, según lo expuesto en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, esto no quiere decir que quienes dirigen la contratación en dichas empresas, puedan omitir los preceptos expuestos en el artículo 209 de la Constitución. Este artículo especifica el alcance que deben tener los principios ya descritos en este capítulo, el contenido de los mismos y la aplicación que quienes administran las ESE deben adaptar a los procesos contractuales surtidos en ellas. Además de lo descrito en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo, a estas y a otras disposiciones legales de mayor jerarquía que regulan la materia deben sujetarse los administradores de las ESE, en cuanto a la actividad contractual que deben ejecutar (Concepto del 6 de abril de 2000, No. 1263).

La misma corporación continúa argumentando que:

En desarrollo de los mismos preceptos, los principios deben presidir la contratación de las ESE, pues estos postulados tienen relación directa con la moralidad, la prestación eficiente de los servicios públicos, en este caso servicios de salud, y con garantizar que se cumplan los derechos de los usuarios y/o administrados. Pues se trata de principios relacionados con el interés general que, aunque hacen parte de la Ley 80 de 1993, su fin es el desarrollo de

la contratación estatal con la aplicación de los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, aunque estos no estén incluidos en mandatos legales que obliguen directamente a las ESE, la moralidad no tiene excepciones de entidades (Concepto del 06 de abril de 2000, No. 1263).

Lo estipulado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece la responsabilidad de quienes administran las ESE, lo cual no va en contra de lo expuesto en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 que reúne, de alguna forma, los alcances de los preceptos constitucionales. Es decir, que la intención del legislador, al dejar la actividad contractual de las ESE regulada por el régimen civil o comercial, obedece a la agilidad que se debe aplicar en la suscripción de sus procesos. En esta perspectiva, el Concejo de Estado señala que:

La ley permite que algunas entidades del Estado, por necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines (Sentencia del 13 de mayo de 2021, rad. 11001-03-06-000-2020-00212-00).

La eficacia y la eficiencia parece comportarse como una justificación para librar a ciertas entidades de las exigencias inherentes a los procedimientos de contratación (Mir Puigpelat, 2004, p. 161). Tafur Galvis (1997) afirma que la tramitación de los contratos del Estado, caracterizada por requisitos y controles propios del derecho público, es dispendiosa. Teniendo en cuenta que, generalmente, a tales condiciones se atribuyen las preocupantes cifras de corrupción administrativa, este modelo tiende a ser sustituido por la agilidad y flexibilidad de los contratos privados (p. 95).

Es decir, su intención no obedece a que estas pudiesen actuar al margen de los principios constitucionales que son obligatorios de incluir. Pino (2005) argumenta, además, que la doctrina ha sido clara en el desarrollo de los procesos contractuales de las ESE, obediendo a los principios de igualdad, imparcialidad, eficacia, los cuales deben incluirse en las actuaciones de la administración pública. Conforme a lo anterior, se deben aplicar entonces los mecanismos de selección objetiva y del mejor oferente en las disposiciones contractuales de las ESE (p. 41).

Para gran parte de los colombianos, la Ley 100 de 1993 es vista como una figura legal para monopolizar y comercializar la salud en Colombia. Fue elaborada durante el Gobierno de César Gaviria Trujillo y puesta en marcha durante la administración de Ernesto Samper Pizano. No ha sido reestructurada en lo que respecta a las ESE en materia contractual, lo que permite que estas sigan siendo regladas por el derecho privado generando con ello, una discrecionalidad que va en contra del buen manejo de los recursos públicos, de los principios constitucionales y de la función administrativa que se abordan en esta investigación.

## **1.2. La obligatoriedad de aplicar los principios constitucionales y de la administración pública en los procesos contractuales de las Empresas Sociales del Estado**

El objeto de la Ley 80 de 1993 es disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. En dicha Ley se define la cantidad de entidades públicas que esta regula, catalogando, de una forma general, a todos los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos como entidades estatales. La Ley 80 de 1993 contempla la licitación pública como regla general, para que el Estado suscriba sus procesos contractuales, existiendo otras modalidades para seleccionar al contratista estatal por fuera de procesos licitatorios, fundamentadas en criterios distintos como, por ejemplo, la cuantía del proceso de selección, que llevan a adelantar el procedimiento de selección bajo reglas diferentes, conforme indica la Ley 1150 de 2007. Las entidades estatales deben escoger a sus contratistas a través de alguna de las cinco modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 siendo la regla general, como ya se mencionó, la licitación pública y estableciendo, dentro de las otras cuatro, los diferentes procesos que se requieren en las entidades públicas.

La selección abreviada es usada para seleccionar el oferente cuando se trate de procesos para adquirir bienes de características técnicas uniformes y de común utilización; cuando la contratación sea de menor cuantía, según los valores determinados en salarios mínimos en la Ley 1150 de 2007 para cada entidad pública; cuando el proceso de licitación pública haya sido declarado desierto, cuando los productos sean de origen o destinación agropecuario; cuando se trate de celebrar contratos para la prestación de servicios de salud, siempre y cuando no se contrapongan a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, entre otros. La contratación directa se utiliza

en casos donde se deba mitigar una urgencia manifiesta; cuando se requiera la contratación de empréstitos; para suscribir contratos interadministrativos; de encargo fiduciario; cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, entre otros escenarios en los que la ley permite suscribir contratos de forma directa. Por último, están las modalidades de mínima cuantía y concurso de méritos.

Si bien la Ley 1150 de 2007 determina que los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud se harán bajo la modalidad de selección abreviada, el artículo 2 numeral 2 literal c de esta Ley, aclara que, esto es posible sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. No obstante, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 que hace referencia al régimen jurídico de las ESE, en su literal 6, establece: “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”. Conforme a lo expuesto, teniendo en cuenta la regulación del derecho privado, es la modalidad de selección directa la utilizada en las ESE, no solo para la contratación de servicios de salud, sino para los que de forma expresa no tienen que ver con la prestación de dichos servicios.

En cuanto a los tiempos establecidos para suscribir los procesos, se ha establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que las licitaciones públicas, que son la modalidad de escogencia por excelencia, se efectuarán conforme a las siguientes reglas:

5. 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.

La Ley 1474 de 2011, a través del artículo 89 modifica este aspecto de la siguiente forma: “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”.

No obstante, dentro de esta modalidad de escogencia se deben desarrollar varias actividades para culminar con la suscripción del contrato, entre ellas: consolidar el proyecto de pliego de

condiciones; convocar al comité de contratación; elaborar aviso de convocatoria pública; publicar los documentos que conforman el proceso de selección como aviso de convocatoria; estudios previos; estudio del sector, etc. Se continúa con la recepción de las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, se da respuesta a dichas observaciones, revisando y consolidando el documento para proceder a publicar el definitivo. Se proyecta y revisa el acto de apertura, el cual una vez sea firmado por el ordenador del gasto, se publica. Se da paso a la audiencia de asignación de riesgos en la cual se emite el acta respectiva y una vez revisada la misma es publicada.

Posteriormente, se reciben y responden las observaciones al pliego de condiciones publicando el mismo en el SECOP; se reciben las ofertas por parte de los proponentes; se elabora el acta del proceso de selección y se firma la misma publicándola dentro del plazo establecido en los pliegos, se verifica el cumplimiento de los requisitos habilitantes de los oferentes para consolidar el informe preliminar de evaluación de las ofertas y publicarlo. Una vez hecho lo descrito, se verifican los requisitos habilitantes subsanables presentados por los interesados, se elabora el informe de evaluación definitivo y se publica, para proceder después de ello a realizar la audiencia pública de adjudicación. En cuanto se cuenta con la resolución de adjudicación debidamente motivada, esta se publica y se procede a elaborar la minuta del contrato. Las demás modalidades de selección, también tienen procedimientos que requieren tiempo para llegar a la suscripción del proceso, pasos que determina la normatividad, establecidos en las Leyes 80 de 1993, 1474 de 2011, 1882 de 2018 y en los Decretos 1082 de 2015 y 2096 de 2019.

Según la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

[l]as entidades que son reguladas por un régimen especial, son las que, por su naturaleza o competencia, además de la expresa disposición legal que las somete tienen condiciones diferentes respecto de la normativa de contratación pública, es decir, no están condicionadas a la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, sus procedimientos contractuales tienen normativa propia para su desarrollo, se trata del derecho privado, regulación determinada en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus propios manuales de contratación (Concepto del 07 de marzo de 2022, Radicado 20220307002453).

Entre algunas de las excepciones que no regula la Ley 80 de 1993, encontramos los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios (artículo 31 Ley 142 de 1994, artículo 3 Ley 689 de 2001); los contratos que celebran las ESE (artículo 195, Ley 100 de 1993); los contratos que se requiera suscribir para garantizar la seguridad aeroportuaria y aérea, que celebra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (artículo 54, Ley 105 de 1993). Es por ello que, las entidades mencionadas, legalmente pueden aplicar distintas reglas que desarrollan dentro de sus propios manuales, reglas que son ajenas a la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias y reglamentarias. Estos manuales llevan a que los diferentes órganos de control, la ciudadanía y los funcionarios encargados de desplegar los procesos contractuales puedan identificar cuáles son esos reglamentos que regulan el paso a paso que se sigue en cada una de estas entidades y en cada uno de los procesos contractuales que suscriben.

Como consecuencia de la existencia de la pluralidad de regímenes exceptuados de contratación, numerosas entidades y actividades se rigen por normas especiales de contratación, las cuales, por lo general, son dictadas por los propios entes destinatarios del régimen excepcional, quienes son autorizados por la ley para dictar sus reglamentos o estatutos internos de contratación y modificarlos cuando lo consideren necesario. De esta manera, dichos organismos quedan facultados para determinar los procedimientos, modalidades y causales de selección, así como las cuantías o circunstancias que imponen el empleo de cualquiera de ellos. Al analizar la intención del legislador, esta no es otra que aplicar los principios de forma correcta garantizando el objetivo de la contratación en todas las entidades públicas, que no es otro que cumplir con los fines del Estado y la efectiva y continua prestación de los servicios públicos.

La Ley 80 de 1993 contiene, en su artículo 23, los principios que deben estar inmersos en las actuaciones contractuales de las entidades estatales, los cuales son nombrados taxativamente, a saber: transparencia, responsabilidad y economía. Estos deben ir conforme a los postulados que rigen la función administrativa. Asimismo, este artículo especifica que se aplicarán las reglas de interpretación de la contratación, los principios del derecho administrativo y los generales del derecho. Es decir, aunque existan entidades públicas que están exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y que, por ende, no aplican en el desarrollo de sus procesos las normas incluidas en esta ley, los

principios deben ser un régimen de aplicación contractual en todas las entidades, indistintamente de la normativa que las regule, desde su inicio hasta la liquidación de los contratos.

Es de anotar que el principio de economía es uno de los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. También hace parte de los tres principios que menciona la Ley 80 de 1993 y, los otros dos, son semejantes y tienen la misma orientación que los que conforman la función administrativa y la sostenibilidad fiscal. Por consiguiente, los principios contemplados en la Ley 80 de 1993, si bien son menos en cuanto a cantidad, hacen parte de los principios de función administrativa. Asimismo, el artículo 4 de la Resolución 5185 de 2013, expedida por Ministerio de Salud y protección Social, por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las ESE adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual, cita textualmente cuales son los principios que deben regir dicha actividad. Entre los principios citados nombra los tres contemplados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que deben ser usados para la inmersión en las actuaciones contractuales de las entidades que pertenecen al Estado.

En los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas y en las normas de selección se deben establecer y cumplir las etapas y procedimientos minuciosamente necesarios, que van encaminados a la selección objetiva de la propuesta más favorable. Según el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 a las autoridades les es prohibido, eludir los procedimientos de selección objetiva. La Ley 80 de 1993 establece, además, en su artículo 26, sobre el principio de responsabilidad que

los servidores públicos están obligados a proteger los derechos de la entidad para la cual laboran, además de los derechos del contratista y de los terceros que puedan llegar a verse afectados por la ejecución del contrato. Tienen también la responsabilidad de vigilar la ejecución correcta del objeto que se contrató y que su cumplimiento sea de calidad, y en general deben propender por el cumplimiento de los fines de la contratación.

Siguiendo con el despliegue de los principios que deben ser fundamento para la contratación de las entidades estatales, tenemos que la función administrativa debe desarrollarse basada en los

principios de moralidad, igualdad, economía, eficacia, imparcialidad, celeridad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Es decir que, aunque las ESE son entidades descentralizadas, los principios constitucionales para contratar, expuestos en la Ley 80 de 1993, y los de la función administrativa son de obligatoria inclusión en sus procesos contractuales. Por lo mismo, aunque las diferentes modalidades de selección mencionadas (licitaciones, entre otras) no son modalidades que están obligadas a adelantar las ESE, sí son los principios de la función administrativa y gestión fiscal, expuestos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia, una sujeción para todas las entidades estatales. Al igual que los contemplados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, artículo que no hace acepción de entidades estatales, cuando hace referencia a que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal serán con base en estos tres principios ya mencionados, por lo tanto, estos deben ser aplicados en todos los procesos contractuales que emitan.

Leuro Martínez y Gutiérrez Roa (2017) afirman que

los contratos que suscriben las ESE no están obligados a sujetarse a la Ley 80 de 1993, ya que como sucede con otras entidades descentralizadas por servicios, su régimen es especial, el cual mezcla el derecho privado con principios de la gestión fiscal y de la función administrativa (p. 236).

Si bien la aplicabilidad de los principios ha sido el fundamento del legislador para que no todas las entidades públicas sean reguladas en su contratación por la Ley 80 de 1993, son los principios los que obligan a estas entidades exceptuadas a seguir ciertos parámetros legales que coartan, de alguna forma, esa discrecionalidad para contratar que la ley les ha otorgado. Esa aplicación obligatoria de principios se evidencia como la intención de evitar que el fenómeno de la corrupción sea de fácil inclusión en los procesos que se suscriben en las ESE.

El Consejo de Estado también ha considerado la necesidad de que los principios sean aplicados en la contratación pública, aun en los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993. Esta corporación afirma

[I]a influencia de los principios hace que emerja la necesidad de que los procesos de selección de contratistas tengan inmersos estos principios de igualdad de oportunidades, libre competencia, transparencia, acceso a los negocios del Estado

y en general a los valores propios de la gestión pública. Esto no lo ordena una norma, es una necesidad práctica. Aunque quizás no esté expuesto en un reglamento interno de contratación, se trata de la función que cumplen los principios públicos y que deben transformarse en reglas de derecho privado (Sentencia del 24 de octubre de 2016, rad. 2016-45.607).

Además de lo anterior, la Ley 2195 de 2022, en su artículo 53, dispuso lo siguiente:

Aquellas entidades del Estado que expresamente tengan un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración pública, deberán aplicar los principios de la gestión fiscal y de la función administrativa. Principios que se encuentran explícitos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y además serán sometidas al régimen de incompatibilidades e inhabilidades que está previsto legalmente para la contratación estatal.

Con ocasión de lo expuesto, el artículo 73 del Decreto Ley 1298 de 1994 establece que las ESE, con el fin de cumplir su objetivo, deben orientar su servicio a dos principios básicos y primordiales que son: la calidad y la eficacia. La primera está relacionada con la atención oportuna, humanizada, efectiva, continua y personalizada, de acuerdo con procedimientos científicos, técnicos y administrativos aceptados a través de estándares de tecnología apropiada y de acuerdo con los requerimientos de los servicios de salud y de las normas vigentes que regulan dicha calidad. La segunda está definida como la utilización óptima de todos los recursos, no solo técnicos sino también materiales, financieros y humanos en aras de mejorar las condiciones de salud de la población que se atiende (Hierro, 2003).

De alguna manera, es una regulación a la actuación de estas entidades del Estado que, si bien no están sometidas a los parámetros de las diferentes modalidades de selección establecidas en la Ley 80 de 1993, sí deben regular su actuación contractual con fundamento a los principios mencionados, pues por ser entidades públicas, sus recursos también lo son. En este contexto vale resaltar que

los encargados y administradores de la contratación en las ESE no pueden omitir los preceptos plasmados en los artículos 209 de la Constitución y en el 2° y 3° del

C.C.A. Este último precepto hace alusión al contenido y alcance de cada uno de los principios que ya se han mencionado, además de las disposiciones que los administradores de las ESE deben adecuar a su actividad contractual, pues regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a los cuales deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual, a estos y a las demás disposiciones (Leuro Martínez y Gutiérrez Roa, 2017, p. 242).

Así las cosas, el Consejo de Estado sostiene que en las entidades que se encuentran excluidas de la Ley 80 de 1993, perfectamente se distinguen dos ordenamientos jurídicos

[e]l derecho privado, que es el prevalente, pues aporta todas sus reglas, instituciones y principios y las pone al servicio de los contratos de estas entidades; y el otro, que es el secundario y hace referencia a los principios de la gestión fiscal y de la función administrativa, pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas expresas y particulares. Este ordenamiento secundario inspira al régimen anterior con sus valores propios del derecho público. La Sala entiende entonces que el régimen preponderante domina y es el que aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador solo ayuda a interpretar e influye, aunque también obliga y hace que esas instituciones de alguna manera se transformen, pues se suma a ellas, introduciéndole modificaciones, pero conservando intacta la institución privada que es (Sentencia del 24 de octubre de 2016, rad. 2016-45.607).

El 28 de octubre de 2023, la Ley 80 de 1993 cumple 30 años de haber sido expedida. El no someter a las ESE a esta normatividad denota la intención del legislador de no subyugar un derecho fundamental como la salud a los plazos y procedimientos que se establecen en dicha ley para seleccionar a los contratistas y llegar al perfeccionamiento de los contratos. Han pasado tres décadas en las cuales las ESE, bajo el direccionamiento de su propia administración, continúan siendo dirigidas con una enorme discrecionalidad sobre todos los procesos que deben adelantar constantemente para sostenerse, conservarse en el tiempo y prestar sus servicios cumpliendo sus objetivos misionales. Lo anterior, supera la intención del legislador que claramente quiso alcanzar su excepcionalidad únicamente hasta los servicios de salud, en aras de la diligencia y prontitud

para que se presten estos servicios. No hacia todos los contratos que las ESE deben suscribir y que no tienen relación directa con la prestación de servicios de salud.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-065 del año 2000, afirma que las ESE 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. Este objeto es la prestación de servicios de salud. La propia Ley 100 de 1993 establece que el objeto de las ESE es la prestación de servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social. La Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las ESE, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos.

Las aludidas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud en forma directa. Tanto en los apartes doctrinales hallados, como en las leyes, se muestra la intención del legislador al establecer a las ESE como una entidad de régimen especial, dado que el objeto de las mismas es la prestación de servicios de salud. Lo que se dejó a un lado es que en estas empresas se suscriben también procesos contractuales que directamente no tienen relación con la prestación de dichos servicios y que de igual forma se suscriben bajo el reglamento de un manual de contratación interno que comúnmente orientan a la selección directa de los contratistas.

La forma de contratar de las ESE se ha dejado intacta por parte del Congreso de la República como si ya todo estuviese dicho en esta materia. Se generalizaron los procesos contractuales como si todos tuvieran como objeto la prestación de un servicio de salud. En estas empresas también deben suscribirse contratos de obra, de suministros, de prestación de servicios, entre otros, que no afectan los servicios de salud si se someten a la regulación expuesta a la Ley 80 de 1993. Estos últimos son procesos que no requieren que, dentro de su desarrollo, se encuentren intrínsecos, de forma prioritaria, los principios de inmediatez y celeridad, los cuales sí se requieren para procesos como la compra del oxígeno, de medicamentos, de adquisición de camillas, sillas de ruedas, ambulancias y demás bienes que tienen como objeto atender los pacientes que ingresan a estas instituciones.

Ha sido, al parecer, un tema sin relevancia para los diferentes congresos que han legislado a lo largo de estos 30 años, pues no se ha realizado ninguna modificación normativa significativa al respecto. La Ley 2195 de 2022 en su artículo 53, modificó en su artículo 13 la Ley 1150 de 2007 ampliando con mayor rigurosidad el principio de la transparencia, obligándolas a publicar en la plataforma SECOP II. Esta modificación obedece a la aplicación exhaustiva de un principio, mas no tiene que ver con la forma en la que las ESE continúan contratando sus servicios o/y bienes siendo reguladas por el derecho privado, sin adentrarse en lo que posibilita esta libertad contractual regulada por manuales internos de estas mismas entidades hospitalarias, que pueden ser modificados constantemente por sus administraciones de turno.

Incluso, la aplicabilidad de los principios, lo cual es obligatorio, en los procesos contractuales, aun después de la expedición de la Ley 1150 de 2007, puede obviarse si los manuales de cada ESE no profundizan en la obligatoriedad de partir de ellos. Lo anterior se evidencia en la muestra de algunos casos relacionados en el segundo capítulo, donde no existió la aplicación de principios obligatorios y, pese a ello, no existe un precedente que genere sujeción a estos. Se continúan perfeccionando contratos firmados por dos partes que actúan ambas como personas particulares, sin otorgarle a esta práctica, que sucede hace tantos años, la importancia que amerita al tratarse de contratos suscritos con recursos públicos.

## **CAPÍTULO II**

### **2. LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO: EMITIDA, SUSCRITA Y EJECUTADA A LA LUZ DE SUS PROPIOS MANUALES**

Aunque en el capítulo anterior se especificaron las razones normativas y jurídicas por las cuales los procesos contractuales que se adelantan por las ESE deben ser regidos por los principios constitucionales y de la función administrativa, en este capítulo se pretende demostrar, a través del análisis de varias auditorías que órganos de control han realizado a diferentes ESE, que estos principios, en muchas ocasiones, son dejados al margen de estos procesos contractuales. Además, se expondrá cómo lo mencionado es producto de que los manuales de contratación de las ESE, establecidos por sus mismos directivos, dejan por fuera los principios, enfocándose en sanear sus requerimientos contractuales regulándose por reglamentos sencillos que carecen de condicionamientos legales.

En aras de demostrar la exclusión que se ha generado de los principios mencionados en los procesos contractuales que, en muchos de ellos, son citados someramente sin aplicarlos en realidad, en la primera parte se ilustrará sobre algunos ejemplos de hallazgos de la Contraloría encontrados en varias ESE. En la segunda parte se analiza la incidencia de la exclusión de estos principios constitucionales y de la función administrativa en la probabilidad de que se susciten actos de corrupción. Me propongo mostrar la relevancia de la inclusión de estos principios en los procesos contractuales, pues de ellos se parte para que la suscripción de dichos procesos, desde sus estudios, logren la transparencia y honestidad con la que deben ser manejados los recursos públicos.

El resultado de este capítulo es que el lector evidencie que el no tener en cuenta los principios de que trata el mismo, tomando exclusivamente un reglamento interno para generar los contratos en las ESE, ha generado que quienes suscriben los contratos en estas entidades públicas, tan solo se basen en un manual sin fondo normativo, dejando a un lado la pretensión del legislador. Teniendo en cuenta que la pretensión del legislador, al ubicar a las ESE como entidades reguladas por el

derecho privado en cuanto a su área contractual, no fue que sus administradores actuaran prevaleciendo el bien particular sobre el general, ni mucho menos pudo haber tenido la intención de facilitar actos de corrupción. Todo lo contrario, el legislador ha dado tal envergadura a los principios que, hasta los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993, deben regular sus actuaciones contractuales basándose en ellos.

## **2.1. Análisis de los procesos contractuales que realizan las empresas sociales del Estado**

La autonomía administrativa otorgada a las ESE se refiere a la capacidad que fue dada a dichas entidades para manejarse por sí mismas, lo cual tiene como finalidad, la obtención de una mayor eficiencia y mejoramiento en la prestación del servicio. Pero esta autonomía no es absoluta, toda vez que las normas de creación y organización establecen directrices que delimitan su campo de acción. A pesar de ello, esta facultad que le permite tal autonomía ha consentido que estas instituciones, especialmente las de primer nivel de complejidad, formulen y aprueben a través de sus juntas directivas, manuales de contratación a criterio de la administración de turno. Los manuales de contratación de estas entidades se han convertido en comodines de todas las administraciones que gerencian durante cuatro años y no garantizan el desarrollo de procesos de contratación transparentes para la adquisición de bienes y servicios.

En estos manuales de contratación mencionados se generan y describen los pasos a seguir, que finalmente llevan a cubrir los menesteres de la entidad, realizando un procedimiento ordenado, mas no sometido a la rigurosidad de ninguna ley. Por ende, se presta perfectamente para facilitar que la ejecución presupuestal, a través de la suscripción de contratos, pueda orientarse a favorecimientos personales. Lo anterior se demuestra en la Resolución 5185 del año 2013 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual determina que las ESE deben definir en su estatuto de contratación las modalidades y mecanismos de selección que estimen pertinentes, pudiendo tener en cuenta, entre otras, la convocatoria pública, la contratación directa, entre otros mecanismos de selección, como la subasta inversa y sistemas de compras electrónicas que permitan a la entidad realizar compras de manera eficiente. Siendo lo anterior apenas unas opciones que finalmente dependen de la administración de la entidad acoger o no dentro de sus manuales de contratación.

Como puede observarse, la norma permite a las ESE que, de acuerdo a su criterio, tengan o no en cuenta estas modalidades y mecanismos establecidos, lo cual deja un margen amplio a criterio de la administración de turno para determinar la construcción de sus propios manuales. Así mismo, son las ESE quienes fijan las cuantías de contratación dentro de sus manuales, a diferencia de lo que ocurre para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, por cuanto para éstas, la Ley 1150 de 2007, en su artículo 2, adicionado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, establece los límites de cuantías para contratar, teniendo como criterio para fijarlas el presupuesto de la entidad contratante, limitantes que tampoco tienen las ESE, pudiendo establecer márgenes sin acotación alguna para suscribir procesos contractuales de forma directa, lo cual posibilita ampliamente la concepción de intereses personales.

Conforme a lo anterior, se tiene que a pesar de que la Resolución 5185 de 2013 establece lineamientos para que las ESE definan en sus manuales de contratación las modalidades adoptadas por su administración, estos lineamientos no revisten un carácter vinculante, en cuanto a los mecanismos de selección se refiere, ya que la misma Resolución establece, en su artículo 5, un amplio margen dentro del cual se considera como una potestad de las ESE tener en cuenta las modalidades allí establecidas. Dentro de este marco normativo, los dirigentes de las ESE vienen escogiendo las modalidades más convenientes para sus intereses.

Caicedo López et al (2016), en el estudio realizado sobre la forma de contratar de las treinta y cuatro ESE del departamento de Nariño, expusieron que tales entidades acogen la modalidad de contratación directa; mientras que sólo diez de ellas incluyen la subasta inversa; el concurso de méritos sólo lo contemplan seis; cuatro tienen inmersa la selección abreviada y la licitación pública sólo se contiene en dos de estas 34 entidades (p. 87).

Caicedo López et al (2016) también analizaron que las ESE han establecido en sus manuales de contratación, aprobados por las juntas directivas, cuantías para la contratación directa que superan en muchas ocasiones las establecidas en el artículo 2 literal b de la Ley 1150 de 2007, en el cual se especifican los montos para contratar cuando la modalidad es la de selección abreviada en procesos de menor cuantía, que se establecen según el presupuesto anual de cada entidad. Es decir, la regla general para la contratación que se suscribe en las ESE es la modalidad directa,

independiente el presupuesto anual de la entidad y no las modalidades a través de las cuales se requiere de convocatoria pública, como sí ocurre para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993 (p. 91). Son varias las ESE que contratan directamente por cuantías altas establecidas en sus manuales de contratación, que no han tenido como base los montos mencionados, lo cual, como ya se ha mencionado, facilita enormemente que se lleven a cabo procesos motivados por intereses personales, favoreciendo que se siga permeando y desarrollando el fenómeno de la corrupción.

No solamente hay libertad en el establecimiento de modalidades y cuantías dentro de estos manuales internos, también, como se ha reiterado en el desarrollo de la presente investigación, en los principios que, aunque son de obligatoria inclusión, continúan siendo relegados. Principios que deben ser la base para desarrollar todo proceso contractual, además del eje central de estos, pues su aplicación real, exhaustiva y minuciosa podría ser la fórmula efectiva para evitar la corrupción que encierra el nacimiento, desarrollo y finalización de estos. Pero es tan visible la omisión de tales principios que aún existen ESE que publican sus procesos contractuales en sus páginas web, incluso en las carteleras de sus sedes, omitiendo el lineamiento obligatorio de realizar la publicación de su actividad en la plataforma SECOP, lo que obedece al principio de transparencia.

El principio de transparencia, entre muchos otros principios, ha sido dejado al margen de la contratación en las ESE. Teniendo en cuenta que uno de los pilares de la contratación es el principio de publicidad, según el cual se da a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, las actuaciones en el proceso de contratación, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información. Aunque las ESE han expedido, a lo largo de su trayectoria manuales de contratación que describen las modalidades, procedimientos contractuales, cuantías y demás aspectos formales y sustanciales, en realidad, no dan aplicación a los principios de la función administrativa. Reiterando que estos principios son: la buena fe, la publicidad, moralidad, igualdad, economía, participación, celeridad, eficacia, imparcialidad, eficiencia, transparencia y responsabilidad.

Puntualmente, la Resolución 5185 de 2013 determina, en su artículo 14, que las ESE están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP (Ministerio de Salud y

Protección Social, 2013), obligación que se cumple parcialmente, toda vez que la mayoría de ellas sólo publican el contrato ya suscrito sin dar a conocer los estudios previos o pliegos de condiciones como etapa precontractual. El artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 establece la obligatoriedad de que las entidades de régimen exceptuado publiquen todos los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II, aun así, estas publicaciones continúan siendo de carácter informativo, pues se realizan de forma posterior a la suscripción de los contratos sin que se genere interacción previa con otros posibles oferentes.

Y es que lo anterior, aunque limita a posibles oferentes a que conozcan y accedan a participar libre y abiertamente, no está prohibido por la norma desde que el manual interno de la institución de salud así lo establezca. Pero al no poner en práctica de manera rigurosa este principio de publicidad, se excluye también el principio de libertad de concurrencia. Es fácil ver cómo la omisión de un principio genera la omisión de otros y así sucesivamente, pues es el caso del principio de libertad de concurrencia, que, al no ser satisfecho, se está dejando de incluir y cumplir, a su vez, el de economía y austeridad.

Al no tener la entidad la posibilidad de elegir la oferta más favorable desde el punto de vista no solo económico sino técnico, no se está velando por la correcta utilización del patrimonio de la ESE, ni por el bien general sobre el particular. Continuando con lo mencionado sobre la publicidad de los procesos contractuales; aunque existen varias ESE que publican sus procesos contractuales completos en la plataforma SECOP, desde su etapa previa, de igual forma las que lo hacen, dejan ver en sus estudios previos donde se justifica la razón por la cual se suscribe el proceso; el reglamento interno que permite la suscripción del mismo, que no es otro que su propio manual de contratación. En estos manuales también regulan la publicación y, en muchos casos, la supuesta transparencia de los procesos, pues establecen en ellos que los contratos se publican en la plataforma que ordena la ley, pero cuando ya incluso han sido firmados por el proveedor elegido a discrecionalidad de la gerencia de la entidad hospitalaria.

Así que, podemos encontrar procesos publicados con estudios previos, pliegos, invitación, etc., pero que fueron expuestos en la página respectiva una vez se suscribieron, porque de esa forma lo establece la administración de turno en el manual de la entidad y así lo permite la norma con la

discrecionalidad que ha otorgado a los regímenes exceptuados, en este caso a las ESE. Así que pueden existir manuales de contratación de diez páginas o menos, que simplifican totalmente la actividad contractual, como también es posible hallar ESE que cuentan con manuales de contratación desarrollados en más de treinta páginas. Pero estos manuales que, a simple vista, parecen contener estructuras regladas, no son más que elaboraciones donde abundan los términos explicados en glosarios y demás definiciones que no concretan el deber ser de la suscripción y ejecución de los procesos a la luz de normas que velen por el patrimonio del Estado y que, por ende, coarten los actos de corrupción.

Las ESE son auditadas anualmente por la Contraloría del municipio al que pertenecen y pueden ser auditadas sin previa programación por esta entidad o cualquier otro órgano de control. Estas entidades auditan entre aspectos financieros, presupuestales y de talento humano; la contratación de la entidad, solicitando muestras de varios procesos contractuales aleatoriamente o contratos específicos en caso de existir alguna denuncia concreta sobre algún proceso determinado. A pesar de la libertad contractual que tienen estas entidades que, aunque son de naturaleza pública como se ha mencionado desde el inicio de la investigación, son reguladas por el derecho privado, no se han evidenciado hallazgos generados en materia contractual a la fecha que hayan sentado algún precedente. Teniendo en cuenta los diferentes tipos de observaciones que los órganos de control emiten una vez auditan las distintas entidades, cabe resaltar que las ESE no han sido, a lo largo del tiempo, generadoras de hallazgos graves en sus procesos.

Lo anterior puede ser una de las causas que ha influenciado ampliamente a que no haya existido ningún replanteamiento en la regulación normativa de la contratación en estas empresas. Ningún gobierno ha manifestado el interés de que algunos de los procesos que se suscriben en las ESE sean regulados por la Ley 80 de 1993 y no por los manuales de contratación que se establecen en ellas por sus propias administraciones. No ha habido, a la fecha, por lo menos un planteamiento distinto sobre contar con un proceder más riguroso en cuanto a la suscripción de los contratos. Al parecer los congresos no han dado a este tema la importancia que tiene, pues es esta autonomía para contratar de las ESE un aspecto facilitador de actos de corrupción. La autonomía otorgada con una finalidad ha sido tergiversada hace tiempo sin que tal situación despierte el interés de nuestros mandatarios colombianos.

En el mes de marzo de 2020, la Contraloría General del Departamento de Sucre, debió adelantar una auditoría no programada con ocasión a la denuncia de varios ciudadanos. En citado proceso de responsabilidad fiscal, los implicados manifestaron por escrito:

Que las auditorias técnicas, administrativas, legales y financieras adelantadas por la Contraloría Departamental de Sucre a la E.S.E Municipal de San Antonio de Palmito, en los años 2018 y 2019 no han sido objetivas y que ponen en duda la transparencia de los procesos de investigación (p. 8).

En el mismo expediente, entre los temas concretos que estos ciudadanos pidieron investigar a la Contraloría, solicitaron específicamente: “Que se investiguen los contratos realizados entre la E.S.E Municipal y las fundaciones FUNADEP Y FUNADEC” (p. 8). La anterior denuncia y posterior auditoria generó la existencia de siete observaciones de tipo administrativo, una con connotación disciplinaria y ningún hallazgo fiscal concluyendo que las copias aportadas por la entidad auditada gozaban de presunción de legalidad (p. 5).

En uno de los comunicados de prensa de la Contraloría; Nro. 216 de 2019, este órgano de control informó:

Sobre algunos graves hallazgos que actualmente se encuentran siendo investigados. En el Hospital del Departamento de Córdoba, llamado San Jerónimo, se detectaron sobreprecios por \$ 472 millones de pesos en la adquisición de insumos médicos, reactivos e insumos para banco de sangre y laboratorio clínico, durante los años 2016 a 2018 (p. 1).

Si se hubiese dado aplicación en dicha entidad a principios como la transparencia y publicidad, que al ser garantizados permiten la aplicación de otro principio no menos importante como la libre concurrencia y se hubiese hecho a partir de ello una selección objetiva del contratista, posiblemente no se habría encontrado este hallazgo. Es decir, la verdadera aplicación de los principios, como ya se ha mencionado, tiene gran incidencia en la posibilidad de que se concreten o no actos de corrupción.

En este comunicado de la Contraloría Nro. 216 de 2019 se dio a conocer:

Que el hospital Clarence de San Andrés Islas se determinó una pérdida del 80% de los recursos de la ejecución de un contrato que tenía como objetivo realizar el mantenimiento

preventivo y correctivo de la infraestructura hospitalaria, lo que generó un daño fiscal de \$ 1.767 millones de pesos (p. 1).

Se trató de un contrato de obra que directamente no tiene relación con contratos para la prestación de servicios de salud. Son estos los tipos de contratos que, a mi juicio, no tienen una justificación razonable para que nazcan a la vida jurídica a través de los parámetros que brinda el manual interno de una entidad, manual que es creado por sus propios administradores de turno. Si el contratista elegido para ejecutar dicho contrato hubiese sido elegido bajo los parámetros estrictos de la Ley 80 de 1993 o, por lo menos, desde su nacimiento fueran tomados como base y desarrollo los principios constitucionales y de la función administrativa es muy factible que no se hubiese generado una pérdida de tal envergadura que, viéndose a primera vista, se concluye que la ocasionaron uno o varios actos de corrupción. En dicho comunicado, también se informó

Que El Hospital José María Hernández de Mocoa (Putumayo) suscribió un contrato de consultoría en el año 2016 con la firma Ecowasichi con el fin de supervisar un contrato de obra. El objeto del contrato mencionado fue: “Construcción del Hospital de segundo nivel con servicios complementarios de tercer nivel de la E.S.E. Hospital José María Hernández”. Sobre este contrato hubo un exceso de pagos que ascendieron a la suma de trescientos catorce millones cuatrocientos dieciocho mil pesos m/cte (\$ 314.418.000), pagos que no correspondían a la realidad de lo pactado y firmado por las partes, incluso se efectuaron sin soporte y justificación legal alguna (p. 2).

Situación realmente atípica que, a la luz de un manual de contratación somero y lejano a la ley, incurren en ella y en otras coyunturas similares, fácilmente diferentes ESE, pues carecen de una norma rigurosa que señale el paso a paso dado por la ley en materia contractual desde su etapa previa.

Con la situación anterior ocurrida en el Hospital de Mocoa (Putumayo) es pertinente reiterar que la contratación debe ser pública y permeada por los principios desde su inicio, ejecución y etapa post-contractual. En la plataforma SECOP deben publicarse los expedientes completos, incluyendo sus pagos, evidencias del desarrollo de los procesos, auditorías de los supervisores o/e interventores, facturas, egresos y demás comprobantes. Se concluye que El Hospital José María Hernández no era riguroso con sus publicaciones, o por lo menos, no lo fue con el proceso

mencionado, pues al publicarse cada evidencia, todos los interesados pueden tener acceso al expediente contractual y actuar como veedores del mismo, alertando a los órganos de control y autoridades competentes, evitando que se generen estas actuaciones irregulares. Conforme a ello, se evidencia la no aplicabilidad de los principios que deben estar incluidos en las actuaciones contractuales de las entidades estatales establecidos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

Así como el caso anterior, existen varios donde no se evidencia un final que sienta precedente alguno que pueda lograr la abstención en el accionar de los funcionarios públicos dirigentes de estas entidades hospitalarias, ante la ejecución de actos de corrupción a través de la ejecución de procesos contractuales. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso interpuesto por los abogados defensores de Gustavo Adolfo Romero Hany, gerente de la ESE Red Hospital de la ciudad de Barranquilla, revocando la sentencia condenatoria proferida el 6 de mayo de 2015 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión de Barranquilla. A través de esa sentencia se había condenado al señor Romero Hany, ya que como gerente, junto con un contratista proveedor de tecnología y funcionarios designados para intervenir un contrato, fueron acusados por celebrar dicho contrato sin que se realizaran los respectivos estudios de factibilidad, en contravía del principio de planeación, además adelantaron un proceso de selección del contratista contrario a los principios de transparencia y selección objetiva (Sentencia 24 de mayo de 2017, rad. 49819).

El contratista a quien se le adjudicó el contrato mencionado, cuyo número fue el 018 del año 2007 en la ciudad de Barranquilla, tenía establecido un anticipo del 50%, lo que equivalía a la suma de \$ 652.000.000 (seiscientos cincuenta y dos millones de pesos) a los cuales accedió el contratista sin que los funcionarios adscritos a la ESE hayan controlado y constatado que la referida suma se utilizara para la materialización de las obligaciones contraídas por el contratista. Finalmente, el Contrato 018 de 2007 no se ejecutó, lo que se tradujo en el ilícito apoderamiento del dinero cancelado a título de anticipo. Una vez agotados los trámites previstos por la ley, el 25 de febrero de 2011 la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra de los procesados, por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Tanto el gerente como el representante legal de la empresa contratista, fueron acusados a título de autores.

Tanto al gerente como al representante legal de la empresa contratista se les impusieron las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 120 meses, así como una multa equivalente a 765 salarios mínimos mensuales vigentes, tras hallarlos penalmente responsables de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Se les negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que se dispuso su captura. Pero fue tan precaria la actividad investigativa de la Fiscalía, y tan evidente la falta de estructuración de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes que sirviera de norte a la misma que, no existió prueba suficiente para concluir que el procesado se apoderara del dinero entregado a título de anticipo. Finalmente, encontró la Sala que el juez no consideró buena parte de las pruebas atinentes al trámite previo a la celebración del contrato mencionado 018 de 2007, que abarcaban los estudios de factibilidad y la selección del contratista.

Por todo lo anterior, la Sala resolvió casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver a Gustavo Adolfo Romero Hany por los delitos de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación y, además, ordenar su libertad inmediata. Así como estos casos, se pueden hallar muchos más que terminan sin sentar ningún precedente y con los investigados absueltos. Esto sucede por diversos errores en el proceso investigativo, fallas de forma que son irrelevantes comparadas con lo verdaderamente importante que es el fondo de los sucesos de evidente corrupción. Pero principalmente, se alude con tal situación a la discrecionalidad otorgada a las ESE para contratar con sus propias reglas establecidas en sus manuales cambiantes y amañados, que pueden redactarse con la libertad que permite que la contratación que se suscriba en ellas esté regulada por el derecho privado.

De los hallazgos recientes, se tiene entre otros, el narrado por Aristizábal (2022), quien informó en entrevista dada al periódico el Tiempo, que en el hospital Emiro Quintero Cañizares, de Ocaña Norte de Santander, se encontraron que había seis contratistas que no cumplían con los requisitos para haber suscrito los procesos, pero ya les habían adjudicado directamente, sin previa licitación, el 40% de todo el presupuesto de la entidad hospitalaria. El odontólogo atribuyó que el fenómeno de la corrupción dentro del sistema de salud es generado no solo por la administración hospitalaria, sino también por gobernantes, gerentes, abogados y un sinnúmero de personajes que según el: “le

han metido mano de manera permanente a las arcas de la salud. Se han robado la plata. Y, ante eso, la justicia sigue ausente” (p. 3).

## **2.2. La contratación de los regímenes exceptuados como puente facilitador de actos de corrupción**

De acuerdo con la definición de Transparencia Internacional (2019)

La corrupción es el abuso de poder o de confianza por parte de un actor para obtener beneficios particulares que, por ende; van en detrimento de los intereses colectivos. Es un obstáculo para lograr el desarrollo sostenible de una comunidad o de un país (p. 2).

Al estar las ESE, en su régimen contractual, exceptuadas de la Ley 80 de 1993 y generarse un reglamento tan discrecional para este tipo de entidades con autonomía administrativa existe mayor facilidad para que se planeen y ejecuten actos de corrupción. Luna Burgos (2014) afirma que el modelo de contratación estatal que se ha construido a partir de la Ley 80 de 1993 se basa en la implementación de principios rectores que se aplican en todas las instancias del proceso contractual, es decir, desde la etapa precontractual, la contractual hasta la de liquidación del contrato (p. 50).

Luna Burgos (2014) especifica que la finalidad de estos principios es constituir un sistema de contratación más eficiente y transparente que favorezca a los intereses de las partes contratantes (p. 50). Sumado a lo anterior, la aplicación de los principios rectores de la contratación estatal, en especial los principios de transparencia, selección objetiva y moralidad administrativa buscan librar del proceso de contratación pública prácticas como la corrupción que entorpecen el correcto funcionamiento de esta actividad administrativa. La aplicación de estos principios en particular al momento de la selección del contratista persigue que este se haga bajo los parámetros de transparencia y objetividad requerida para que intereses particulares no se vean reflejados al momento de decidir con quien contrata el Estado.

Si bien la Ley 80 de 1993 no es un hierro forjado que impide que la corrupción ingrese a la contratación del sector público, su estructura y directrices limitan, o por lo menos, dificultan que funcionarios, contratistas, directivos y demás agentes que interactúan en estos procesos, logren siempre en los casos que lo pretendan, obtener beneficios particulares que no tendrían por qué

procurar, ni alcanzar. En los procesos de selección mencionados al inicio de este capítulo, siempre puede existir un oferente que cumpla con lo requerido por la entidad pública, aún en los casos donde presuntamente el funcionario de la entidad haya pretendido estructurar los requisitos habilitantes con la intención de favorecer a determinada persona.

Lo anterior, al parecer, sucede más de lo habitualmente pensado. Los contratos pueden conocerse por algún proveedor interesado, desde antes de que estos sean publicados en la respectiva página, a través de conversaciones directas con algún funcionario de la entidad pública. Esto se tipifica, dentro de las modalidades de delitos de celebraciones indebidas de contratos. Sin embargo, no es una garantía para el posible futuro contratista obtener la adjudicación del contrato ya que, en procesos de licitaciones públicas, de selección abreviada, de mínima cuantía y demás, cabe la posibilidad de que se presenten cantidad de oferentes. Muchas empresas privadas, sociedades anónimas, entre otras, tienen dentro de sus actividades diarias el acceder a la plataforma SECOP con el fin de evidenciar ofertas públicas de contratación que puedan ser de su interés. Incluso automáticamente, al estar registrados como proveedores, las posibles ofertas para las que puedan aplicar, automáticamente llegan a sus correos electrónicos registrados en la plataforma.

Es por esto por lo que, en las entidades públicas cuyo régimen de contratación es la Ley 80 de 1993, por más que exista algún interés particular de que un contrato determinado sea adjudicado a X o Y persona, siempre existirá la posibilidad de que otro proveedor del bien o servicio cumpla con el lleno de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y pueda obtener la adjudicación del proceso de selección. Sin embargo, en los regímenes exceptuados de la Ley 80 de 1993, como es el caso de las ESE, en las que, como ya se ha mencionado, hay fuertes incentivos para que prime la contratación directa, incluso cuando se trata de altas cuantías, teniendo en cuenta que es un manual el que regula la contratación, no va a ser posible que exista siempre la pluralidad de oferentes, ni la forma de evidenciar que el contratista elegido es quien más le conviene a la entidad en cuanto a los principios de economía y austeridad del gasto público.

Además de lo expuesto, esta forma de contratar facilita enormemente que se generen actos de corrupción, pues, en muchas ocasiones, se puede estar poniendo sobre la mesa la celebración de un contrato público directo, como un favor personal concedido a un proveedor de bien o servicio, a quien se le puede condicionar tal celebración. Como lo expresa Boshell Norman (2022):

El servidor utiliza de manera indebida su posición como miembro de una corporación pública para presionar el direccionamiento de un proceso precontractual e incidir en la adjudicación de una licitación a favor de un proponente en particular; afectando de manera grave los principios de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, igualdad y economía, previstos en el estatuto de contratación pública, y poniendo en grave riesgo la prestación de un servicio directamente relacionado con la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad (p. 2).

El servidor se beneficia del pago de comisiones y otro tipo de beneficios que recibe del proponente que fue favorecido en el proceso. Teniendo en cuenta esto, se trataría más bien de un intercambio de favores, que pone como condición la celebración de un contrato público. Contrato por el cual el contratista que lo ejecuta tendría que otorgar un porcentaje del precio recibido a quien haya favorecido tal celebración, pues este tiene la libertad otorgada por un manual de procedimiento interno, de contratar directamente con quien desee. Por ende, en muchas ocasiones, los contratistas cumplen de una forma apenas elemental y básica con el lleno de los requisitos para suscribir el contrato, lo cual dentro de las tipologías de corrupción se tipifica como omisión de requisitos legales esenciales.

Esta situación, por sí sola, no es el único acto de corrupción frente al cual nos podemos encontrar cuando media tanta libertad regulada en un manual. Lo mencionado tiende además a que generalmente se sobrevaloren los costos de los contratos, en aras de que el contratista pueda cumplir con el objeto del mismo y, a su vez, hacer entrega del porcentaje mencionado a quien haya favorecido su celebración. De darse este caso, es factible concluir también entonces que no siempre las ESE contratan los bienes y servicios que requieren con el mejor prestador, el más idóneo y/o más conveniente para la entidad en todos los aspectos, pues sus manuales permisivos se encaminan, en su mayoría, a la contratación directa y no generan muchos condicionamientos técnicos, jurídicos y/o legales. En sus manuales es muy posible no hallar la exigencia de que medie un estudio fiable de comparación de ofertas, ni de precios actuales en el mercado, es decir, los principios obligatorios pueden ser ignorados en la elaboración de los manuales de contratación de las ESE.

Los contratos celebrados posiblemente podrían ser ejecutados por proveedores más económicos para la entidad, incluso con más experiencia en el desarrollo del objeto esperado, habrá algunos que incluso otorguen prebendas en favorecimiento de la ESE. Pero los manuales de contratación de estos hospitales conceden al ordenador del gasto la elección del proveedor, en muchas ocasiones, exigiendo el mínimo de requisitos. Aunque los gerentes de las ESE son empleados públicos de período fijo, nombrados por el jefe de la entidad territorial respectiva, para un período mínimo de cuatro años, que dentro de sus funciones deben propender por la eficiente utilización del recurso financiero, estos pueden evidenciar, a la luz de contratos suscritos y ejecutados conforme lo establece el manual de contratación de la entidad, que han seguido con rigurosidad los procesos establecidos en ellos, logrando demostrar, con lo anterior, el agotamiento de procesos contractuales a la luz de dichos manuales, con taxatividad y rigurosidad, lo cual les permite demostrar que sus actuaciones son acordes a lo indicado en la normatividad permitida, ajenas a algún interés particular.

Cada ESE debe garantizar que cuenta con su manual de contratación y evidenciar en sus procesos contractuales la aplicabilidad del mismo, pues cuando la contratación es auditada, puede evidenciarse en ella ausencia de planteamientos dentro de algún expediente contractual, pero si bien en el manual la ESE no se obliga a incluir dichos planteamientos relevantes, no se encuentran frente a ningún hallazgo. Y es que también se facilita que no se ahonde en este tema de la discrecionalidad de las ESE para contratar a su arbitrio, el hecho de que los profesionales adscritos a los órganos de control que auditan, generalmente, carecen de los conocimientos jurídicos que les permita evidenciar la existencia de contratos permeados por el flagelo de la corrupción. Comúnmente, entre ellos, se encuentran ingenieros y administradores de empresas con competencias técnicas y operativas, que no van más allá de lo que deben diligenciar en la matriz creada para rendir su informe de auditoría. Como fue planteado por la Corporación Transparencia por Colombia (2019):

La solución normativa y regulatoria se queda corta, cuando se idean y ponen en marcha esquemas deliberados de corrupción que cuentan con todas las capacidades jurídicas y financieras para aparentar el cumplimiento de la norma, pero al final logran desviar las decisiones públicas a su favor, en muchas ocasiones con la ayuda de operadores políticos y empresariales (p. 4).

Pero, se podría decir que el principal problema de malas prácticas y corrupción se dan en los procesos de contratación estatal. Díaz Delgado (2020) afirma que el Estado debe implementar medidas más efectivas y leyes más duras que sancionen estas malas prácticas, siendo los servidores públicos quienes den ejemplo de buenas conductas de moral y ética pública, basados en principios de responsabilidad y legalidad. La función administrativa debe estar al servicio de los intereses generales, no de unos pocos, para que exista una igualdad y respeto en el cumplimiento de los fines del Estado; en este caso la prestación del servicio de salud (p. 21).

Díaz Delgado (2020) concluye que hacen falta leyes más estrictas y mecanismos de prevención, vigilancia y control, investigación y sanción, que reglamenten el adecuado uso de los recursos destinados al sector de la salud. No tendría que ser necesariamente la Ley 80 de 1993, quizás pueda ser la creación de otra norma que elimine la discrecionalidad otorgada a los directivos de las ESE y los obligue a regirse por una aplicación exhaustiva de los principios de la Constitución Política de 1991 y la función administrativa generando parámetros claros de obligatorio cumplimiento. Además, menciona que el factor de corrupción que se maneja al interior de la contratación pública y privada vulnera los derechos de los colombianos en cuanto a una efectiva prestación del servicio, también plantea la idea de implementar métodos más efectivos de control y normas más eficaces que permitan poder castigar el mal comportamiento de los funcionarios públicos asignados para manejar los diferentes recursos del Estado (p. 45).

Es absurdo, como lo afirma Pérez Vargas (2019)

la entrega de un hospital regional a un grupo político es un premio como contraprestación al financiamiento de campañas. Este es el círculo vicioso que se da en Colombia, en donde el financiador recupera su inversión por la vía de la contratación.

Carrillo Flórez (2019) mencionó también, frente al tema, que se requiere más transparencia, acción ciudadana y fortalecimiento de la ética para “sacar de cuidados intensivos” el sistema de salud colombiano. Yo diría que, además, menos ambición, pues esta ha sido desmedida, ya que muchos funcionarios públicos y empresarios privados han visto en las entidades públicas la posibilidad de crecer fácil y rápidamente en su área económica a través de la creación de empresas en aras de

ponerlas al supuesto servicio del sector público, cuando lo que realmente ocurre es que no hay conformismo por parte de estos funcionarios que operan como máquinas generando, por todos los medios, la posibilidad de lucrarse a grandes rasgos del Estado.

Carrillo Flórez (2019) mencionó la acción ciudadana, pero sería más inmediato el accionar desde el Congreso y el Gobierno Nacional que tienen la cercanía y conocimiento de esta situación y de la normatividad que ha regulado durante 30 años la contratación de las ESE. Colombia es un país tercermundista que discute y emite conceptos sin argumentos de fondo, con desconocimiento jurídico, social y técnico de la estructura de las instituciones, una Nación orientada en su generalidad por los medios de comunicación y, ahora, por las redes sociales. Los usuarios de las ESE, en su mayoría, no tienen la mínima idea de que los medicamentos que les formulan se adquieren a través de un contrato, que el vigilante que permanece en la puerta del hospital, el personal de servicios generales, los insumos de aseo para conservar los centros de salud con la asepsia exigida, las bolsas de basura, canecas, sillas en las que esperan ser atendidos por el profesional de salud, etc., todos son bienes y servicios adquiridos a través de un contrato.

Y es que, si la ciudadanía por lo menos tuviera la intención e iniciativa para promover acciones legales que permitan visualizar a fondo estos procesos contractuales, quizás la salud podría brindarse de una mejor calidad, al no tener constantemente recursos públicos desviados a arcas privadas. Pero no existe una veeduría ciudadana activa y cuando ha existido esta se ha desmotivado al ver que los funcionarios disciplinados o procesados terminan siendo absueltos después de investigaciones someras y con errores de forma que los favorecen al punto de dejarlos ilesos. Si, por lo menos, la ciudadanía lograra, con su interés y presencia activa, evitar los actos de corrupción intimidando a los que pretendan ejecutarlos, pero la comunidad no toma partido en este flagelo y tan solo se limita a quejarse y rumorar sobre la crisis de la salud, sin ser una activista que procure por el mejoramiento de la salud que bien podría generarse si la contratación no fuese tan manipulable.

Es el Congreso quien debe legislar con la finalidad de atacar el flagelo de la corrupción, el mismo Gobierno es quien debe proponer reformas con fines claros en favorecimiento del pueblo colombiano, tocando de fondo la forma de contratar de las ESE. Estos cambios bien podrían

iniciarse con la forma de elegir la gerencia de estas entidades hospitalarias, pues los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado del nivel territorial son nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial. En el nivel nacional, los gerentes o directores de las empresas sociales del Estado son nombrados por el presidente de la República y corresponde al presidente de la República, a los gobernadores y los alcaldes, dentro de los tres meses siguientes a su posesión, adelantar estos nombramientos.

Es absurdo que hace unos años el gerente o director de las ESE fuese nombrado por concurso de méritos, un procedimiento idóneo que garantiza la selección objetiva y transparente del aspirante al cargo público, y que hoy en día lo sea por el alcalde electo. Partiendo de esta forma de nombrar a quien tiene la facultad para contratar dentro de la institución, pues inmediatamente se convierte en el ordenador del gasto, se puede concluir que, así mismo, por elección directa, se contratan también las diversas necesidades de la entidad hospitalaria. Cada vez queda más al arbitrio de percepciones personales lo que afecta a comunidades inmensas, el erario público manejado por subjetividades, la hermenéutica jurídica aplicada a conveniencia para defensas personales, ante hallazgos que terminan por retirarse al determinar que son acciones realizadas conforme a la norma que faculta la entidad. Por las razones expuestas, en esta investigación se propone la siguiente recomendación de *lege ferenda*:

Una respuesta legislativa al problema analizado es visualizada como una solución general para proteger los recursos públicos destinados a la salud. Si se planteara la impugnación judicial de los manuales que violen los principios del artículo 209 de la Constitución Política de 1991, se tendría que interponer gran cantidad de demandas al respecto. Esto llevaría a que se congestione aún más el aparato judicial. La vía judicial también fue descartada teniendo en cuenta los diferentes criterios que al respecto pueden tener los jueces. Además, no solo los jueces tienen la facultad para resolver problemas jurídicos, más aún, siendo este un caso meramente normativo. Tampoco se propone como solución la intervención de los órganos de control sobre el contenido de los manuales de contratación de las ESE, por lo desarrollado en la monografía, que evidencia la intervención constante de los órganos de control, lo cual no ha desencadenado en ningún reparo ante dichos manuales. Por lo mismo, se formula una propuesta de diseño legislativo, en la modalidad de *lege ferenda*, desde la confianza en la democracia.



PROPUESTA DE LEGE FERENDA Por la cual se MODIFICA PARCIALMENTE EL  
ARTICULO 195 DE LA LEY 100 DE 1993

Artículo 1. Objeto: Esta ley tiene por objeto modificar la *regulación que, en materia contractual, han tenido hasta ahora las Empresas Sociales del Estado, retirando la discrecionalidad brindada hasta hoy para todos los tipos de contratos. Lo anterior con el fin de equiparar los procesos contractuales necesarios de suscribir en las ESE y que de forma directa no están relacionados con la prestación de servicios de salud, a los preceptos indicados en la Ley 80 de 1993.*

Artículo 2. *Ámbito de aplicación:* La presente ley modifica el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 con el fin de garantizar de forma real y fidedigna la inclusión y aplicación de los principios constitucionales y de la función administrativa en los contratos que se suscriben en las Empresas Sociales del Estado, separando los procesos contractuales que se suscriben con ocasión a la prestación de servicios de salud, de los que directamente no tienen relación inmediata con estos.

Artículo 3. Modifíquese el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1994, de la siguiente manera: “**ARTÍCULO 195.** Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: 6. En materia contractual se regirán por el derecho privado los procesos contractuales que directamente tengan relación con la prestación de servicios de salud, la cual debe garantizarse de forma ágil, eficaz y celeridad. En cuanto a los contratos de obra, suministros de implementos, adquisición de bienes inmuebles, muebles y equipos que no sean biomédicos, prestaciones de servicios de aseo, vigilancia, comunicaciones públicas, de abogados, auxiliares, técnicos y en general profesionales que no sean destinados a la prestación directa de servicios de la salud, serán regidos por la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias.

Artículo 4. Las Empresas Sociales del Estado contarán con un plazo de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para ajustar los contenidos de sus manuales de contratación, incluyendo esta modificación a la Ley 100 de 1993.

Artículo 5. La presente ley rige a partir de su promulgación y modifica el artículo 195 de la ley 100 de 1993 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

## CONCLUSIONES

El objetivo principal de esta monografía fue analizar el alcance del régimen exceptuado de contratación de las Empresas Sociales del Estado (régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993) a la luz de los principios establecidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias en aras de evaluar si se encuentran reconocidos en los procesos de contratación de este tipo de entidades. Se logró demostrar que las ESE, valiéndose de la libertad de configuración de sus propios manuales de contratación, omiten darle contenido práctico a dichos principios a fin de garantizar su aplicación a manera de reglas. Esto incide, entre otros aspectos, en que se dé lugar al fenómeno de la corrupción.

El trabajo inició con la descripción de la regulación que, en materia contractual, tienen las ESE, especificando la normatividad vigente, ilustrando desde la creación de estas cuáles fueron los fundamentos para determinar dicha regulación a la luz del derecho privado y cuál es la justificación para considerar estas entidades un régimen exceptuado para contratar con la Ley 80 de 1993. Es decir, que se utilizó un enfoque descriptivo dando a conocer el origen de estas instituciones y se contextualizó al lector sobre la naturaleza jurídica de las mismas. Dado que el enfoque descriptivo no excluye el enfoque prescriptivo, pues es posible utilizar ambos en una investigación, posteriormente adopté una posición crítica. Teniendo en cuenta que el enfoque prescriptivo posee dos niveles: el primero que se enfoca en interpretaciones dadas a materiales emitidos por el Estado y el segundo que pretende proponer al legislador cambios en el derecho, en la presente monografía utilicé el enfoque prescriptivo en el segundo nivel, culminando con una propuesta *lege ferenda*.

Generé la propuesta lege, después de realizar un análisis sobre cómo los principios constitucionales, de la función administrativa y de sostenibilidad fiscal, no son garantizados en su aplicación dentro de los procesos contractuales que se suscriben en las ESE. Por lo tanto, no son tenidos en cuenta en el desarrollo de los procesos contractuales que se realizan en ellas, pues, aunque la normatividad vigente de derecho público lo ordena, la discrecionalidad que faculta a los administradores para contratar se basa en el derecho privado al que direcciona la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195.

El problema en sí planteado en la investigación fue la forma de contratación de las ESE, a las que les ha sido otorgada una excesiva discrecionalidad para adelantar sus procesos contractuales. En los procesos contractuales de esta naturaleza se invierte un enorme porcentaje anual de presupuesto, no obligándolas a regirse por los parámetros del Estatuto General de Contratación, ya que su regulación se rige por el derecho privado. En línea de lo expuesto, cada ESE define un manual interno de contratación en el cual se establecen los procedimientos para adquirir bienes y servicios; no obstante, bajo el escenario de no afectar la continuidad en la prestación de servicios de salud, se flexibilizan los procesos de contratación, incurriendo con ello en la suscripción de negocios jurídicos que posibilitan su direccionamiento en favor de los mismos administradores de estos centros hospitalarios y de terceros, atentando con ello en contra de los recursos del sistema de salud.

Teniendo en cuenta que es un trabajo que profundiza en investigaciones que antes ya fueron abordadas, no se generan hallazgos significativos nuevos. Sin embargo, como pudo verse en el capítulo dos encontramos varias ESE que, después de ser auditadas, tuvieron procesos legales incluso penales, que terminaron por desvirtuarse ocasionando que los procesados no fuesen penalizados. Es evidente la permisividad que continúa, pues a excepción de las Leyes 1150 de 2007 y 2195 de 2022 que regularizan el tema contractual y profundizan en la rigurosidad para aplicar los principios de transparencia y publicidad, no han existido modificaciones a la Ley 100 de 1993 en su forma de contratar los servicios que de forma directa no tienen que ver con la salud desde su expedición.

Como dato relevante fue hallada la pronunciación contradictoria del Consejo de Estado, cuando manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil que

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 (Sentencia del 20 de agosto de 1998, rad. 1127).

Tiempo después, el Consejo de Estado dio un giro a su primera posición argumentando que

Sin embargo, se 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. (06 de abril de 2000, rad. 1263)

Lo que planteo en la investigación es la defensa de esa primera posición que tuvo el Consejo de Estado, pues se está dando el mismo tratamiento legal a todos los procesos contractuales que nacen en las ESE, cuando muchos de ellos no tienen relación directa con la prestación de servicios de salud. Por ende, no son tan urgentes como estos. Las tipologías contractuales mencionadas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 bien podrían ser regulados por dicha Ley cuando se suscriban en las ESE, pero se suscriben a la luz de un manual de contratación interno sin limitaciones legales que eviten la satisfacción de intereses personales, es decir, los actos de corrupción. Conforme a lo expuesto se propuso una nueva reglamentación que no generalice todos los procesos contractuales que se suscriben en las ESE, vinculando solo los contratos orientados a la prestación de servicios de salud con el derecho privado y los procesos contractuales al margen de la salud, regularlos con base a los preceptos de la Ley 80 de 1993 y demás normatividad complementaria y reglamentaria.

Esta investigación genera los suficientes elementos para sostener que omitir la mayoría de las modalidades de selección establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dentro de las ESE carece de fundamentos relevantes. Estas empresas necesitan adelantar todo tipo de procesos contractuales para mantenerse y conservarse al momento de prestar sus servicios misionales. En consecuencia, la investigación es relevante porque aporta argumentos para reglar con la rigidez que requiere un proceso de contratación y no dejarlo a la libertad que ha caracterizado todas las necesidades que surgen en las ESE, en las cuales se han equiparado todos los procesos requeridos con la misma importancia que demandan los procesos concernientes a la salud. Que las ESE desarrollen sus procesos contractuales basándose en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, sin hacer distinción de ningún proceso, es una concepción que evidentemente compromete el cumplimiento de principios constitucionales inherentes a la contratación pública misma.

El impacto de la investigación, radica en que la reinterpretación del modelo de contratación lleva a una reestructuración en la operación de las ESE. Lo expuesto implica entre, otras variables, que los estatutos que regulan la contratación de las ESE, que son establecidos según los parámetros dados por el Ministerio de Salud y Protección Social, regulen exclusivamente la contratación que concierne directamente a la salud. Por lo anterior, de aplicarse la propuesta *lege ferenda* aquí planteada, se originarían limitantes a las malas prácticas de satisfacción de intereses particulares y, por ende, de corrupción, la cual se ha dado gracias a esta libertad que tienen las ESE para suscribir sus procesos contractuales. Ha sido una concesión injustificada, el hecho de equiparar toda la contratación que se realiza en las ESE, a la fundamental que se suscribe en pro de prestar servicios de salud. La idea es que se modifique lo que durante tanto tiempo se ha realizado de una forma permisiva que, por ende, ha facilitado aún más los actos de corrupción.

## REFERENCIAS

### Artículos de revista

Lozada Pimiento, N. E. (2006). En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado. *Revista Derecho del Estado*, (18), 153–170.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/747>

Wong Baldiris (2016), “Naturaleza jurídica de los contratos en las empresas sociales del Estado” *Revista IUSTA*, 203. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0034.10>

Mir Puigpelat (2004). Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 165, 437-440.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=137884>

### Libros

Fedesarrollo. Centro de Investigación Económica y Social. (2011). Efectos de la Ley 100 en salud, Propuestas de reforma.

Guerrero, G. (2015). *El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993*. Universidad Santo Tomas.

Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Editorial Ariel.

Leuro, M. y Gutiérrez, C. (2017). *Contratación para los servicios de salud*. ECOE Ediciones.

Pino, J. (2005). *Régimen jurídico de los contratos estatales*. Universidad Externado de Colombia

Tafur, A. (2017). *Estudios de derecho público*. Grupo Editorial Ibáñez.

## **Trabajos de grado**

Ballesteros Serpa, C.A. (2013). El régimen contractual de las empresas sociales del Estado. [Tesis de maestría, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario]. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/4765>

Luna Burgos, B. (2014). Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia en las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción. [Tesis de maestría, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario]. <https://repository.urosario.edu.co/bitstreams/7bf74375-a20f-472e-b78c-4960852b9ddf/download>

Ahumada Cervantes, Sierra Fernández y Sierra Teherán (2016). Límites a los contratos estatales frente a los regímenes especiales de contratación en Colombia. Estudio de casos: Empresas Sociales del Estado y Universidades. [Tesis de maestría, Universidad Libre]. URI <https://hdl.handle.net/10901/17735>

Caicedo López, S. C. y Álvarez López, J. A. (2016). Manual de contratación tipo para las Empresas Sociales del Estado de primer nivel de atención en el departamento de Nariño. [Monografía de especialización, Universidad Nacional]. <https://repository.unad.edu.co/handle/10596/8590>

## **Sentencias**

Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1994. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003. [MP Eduardo Montealegre Lynnet].

Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009. [MP María Victoria Calle Correa].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 20 de agosto de 1998. Radicación. 1127 [MP Javier Henao Hidrón].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 06 de abril de 2000. Radicación. 1263 [CP Flavio Augusto Rodríguez Arce].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicación. 41001-23-31-000-2007-00104-01 (45607) [CP Martha Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 13 de mayo de 2021. Radicación. 11001-03-06-000-2020-00212-00 (2456) [CP Álvaro Namén Vargas].

Corte Suprema de Justicia, Fallo Recurso de Casación SP7322 de 2017, Radicación 49819. Aprobado en el Acta 171 [MP Patricia Salazar Cuellar]

### **Conceptos**

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 06 de abril de 2000. Radicado 1263.

Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto del 02 de septiembre de 2021. Radicado 323361.

Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto del 07 de marzo de 2022. Radicado 20220307002453.

### **Artículos de prensa**

Morantes Hernández, J. (2018). Análisis: Ley 100 de 1993, 25 años después. Disponible en: <https://www.las2orillas.co/analisis-ley-100-de-1993-25-anos-despues/>

Transparencia por Colombia. (2019). Reflexiones sobre las causas de la corrupción y los medios para enfrentarla. Disponible en: <https://transparenciacolombia.org.co/reflexiones-sobre-las-causas-de-la-corrupcion-y-los-medios-para-enfrentarla/>

Pérez, V. (2019). Corrupción en la salud en 2018 costó \$1 billón: Procuraduría. *El Herald*. Disponible en: <https://www.elheraldo.co/politica/corrupcion-en-la-salud-en>

Contraloría General de la República. Comunicado de prensa de la Contraloría Nro. 216. Disponible en: <https://canal1.com.co/noticias/nacional/hallazgos-fiscales-por-89-899-millones-de-la-contraloria-a-13-hospitales-departamentales-publicos/>

Gossain, J. (2022). La enfermedad más delicada del sistema de salud se llama corrupción. *El Tiempo*, 7(3). Disponible en: <https://www.eltiempo.com/salud/corrupcion-como-afecta-al-sector-de-la-salud-en-colombia-665212>

El Tiempo. (2005). Las Empresas Sociales del Estado Nacieron en el 2003 y están al borde de quebrarse. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1960205> (Consultado el 18 de noviembre de 2023).

## Otros documentos

Informe final de auditoria modalidad exprés ESE San Antonio de Palmitos vigencia 201 – 2018. Contraloría General del Departamento de Sucre Sincelejo, marzo 2020. [https://www.contraloriasucre.gov.co/admin/archivos/INFORME%20FINAL%20DE%20AUDITOR%20C3%8DA%20EXPRES%20ESE%20SAN%20ANTONIO%20DE%20PALMITO1%20\(1\).pdf](https://www.contraloriasucre.gov.co/admin/archivos/INFORME%20FINAL%20DE%20AUDITOR%20C3%8DA%20EXPRES%20ESE%20SAN%20ANTONIO%20DE%20PALMITO1%20(1).pdf)

Díaz Murillo, G. (2017). Qué es la Ley 100. Tomado de investigaciones médicas <https://drgdiaz.com/eco/l100/ley100/ley100.shtml> (Consultado el 17 de noviembre de 2023).

Resolución 5185 del año 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de

contratación que registrará su actividad contractual. Diario Oficial No. 48.996 del 06 de diciembre de 2013.

Decreto Ley 1298 de 1994 Por el cual se expide el estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Diario Oficial No. 41.402 del 22 de junio de 1994.

Decreto 1876 de 1994 por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado. Diario Oficial No. 41.480 del 5 de agosto de 1994.

Decreto 19 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012.

Decreto 1082 de 2015 por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario Oficial No. 49.523 de 26 de mayo de 2015.

Decreto 2096 de 2019 Por el cual se adiciona la Subsección 2, de la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario Oficial No. 41144 del 21 de noviembre de 2019.

Ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.433 del 11 de julio de 1994.

Ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

Ley 689 de 2001 por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Diario Oficial No. 44537 del 31 de agosto de 2001.

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. Diario Oficial 44.654 del 21 de diciembre de 2001.

Ley 1122 del 2007 por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.506 del 9 de enero de 2007.

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. Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.

Ley 1393 del 2010 por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.768 del 12 de julio de 2010.

Ley 1437 de 2011 por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.

Ley 1438 del 2011 por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.957 del 19 de enero de 2011.

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. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011.

Ley 1882 de 2018 por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 50.477 del 15 de enero de 2018.

Ley 2195 de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51.921 de 18 de enero de 2022.