***La eficacia del servicio público en salud frente al régimen híbrido generado por
la naturaleza contractual de las Empresas Sociales del Estado***

**Elaborado Por:
Yolanda Wong Baldiris**

**Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado
Bogotá, D.C. Colombia
Octubre de 2014**

La eficacia del servicio público en salud frente al régimen híbrido generado por la naturaleza contractual de las Empresas Sociales del Estado

Elaborado Por: Yolanda Wong Baldiris

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar
al título de Magister en Derecho – AP en Derecho Administrativo
Investigación de la maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Director
Doctor Germán Lozano Villegas

Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Contractual Público y Privado
Bogotá, 2014

Reconocimientos

Mis más sinceros agradecimientos a la Universidad Santo Tomas y todo su cuerpo de catedrático y en especial a los tutores Dr. Germán Lozano Villegas y Dra. Corina Duque.

Resumen

La salud es un bien superior y constitucionalmente tutelado como de los más principales y protegidos derechos del hombre, convirtiéndose con ello, en misión esencial y garante de los Estados Sociales de Derecho como el nuestro. Así lo reconoce nuestra carta magna en sus artículos 2^o y 49. Pie 2

En ese cometido esencial, el Estado lo descentralizó y masificó a través de las Empresas Sociales del Estado, brindándoles herramientas administrativas, patrimoniales, jurídicas, propias y especiales.

1 Constitución Política de Colombia. ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

2 Constitución Política de Colombia. ARTICULO 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009.](#) La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Las Empresas Sociales del Estado acuden para su misión, a la contratación de servicios y bienes, relaciones jurídicas de interés esencialmente público pero que el legislador sometió en la ley 100 de 1993 (Art 195) la misión de forma dinámica, eficiente y estructurada bajo un régimen contractual de derecho privado, facultando la inclusión de garantías de la contratación pública a las que denominó cláusulas exorbitantes; así mismo, ampliando el marco de cubrimiento de las necesidades administrativas de los entes y del nivel prestacional del servicio de salud, mediante formas asociativas entre entes públicos y los particulares, situación jurídica que juega un papel importante frente al entendimiento del régimen mixto de contratación y de responsabilidades de los prestadores del servicio público en mención.

Nacen las empresas sociales del estado como una puesta en marcha a las respuestas de aquellas voces que a través de varias acciones de grupo, le dieron la tarea al Estado Colombiano de la necesidad de dar un vuelco a las vicisitudes que eran de conocimiento público y que acontecían al interior de los hospitales del país. El cual a través de la regulación de la norma les brinda no solo herramientas jurídicas sino la posibilidad de que con la intervención de terceros que tengan buen manejo en la implementación de las mismas puedan hacer frente a las garantías constitucionales que no contaban con herramientas legales para que dicho objetivo constitucional se llevara a cabo en la ciudadanía en general.

Por ello, en esta investigación se vislumbrara el origen, procedimiento, operatividad, definición y análisis de la competencia así como las ventajas y las desventajas de dichas empresas sociales del estado dentro del engranaje de nuestra seguridad social.

Palabras Claves:

Empresas sociales del Estado, prestación de servicios de salud, contratación de la salud, ESE, contratación de las ESE, régimen de las ESE, tercerización, régimen mixto de las ESE, formas asociativas de la salud, naturaleza jurídica de las ESE, régimen de las ESE.

Abstract

An excellent health's condition is a higher good. And it is also one of the main human rights more protected than others, here in Colombia as a social state of law. For these reasons, there is an essential mission focus on Colombian care, aspect considered as a guarantor of every human being dignity. (according to our magna carta³ on its articles 2 and 49⁴ in 2009).

However, this mission has been decentralized and expanded in its coverage spread through state social companies with the act of provide management, patrimonials and legal tools from its own and special.

In order to fulfill this mission, the states social companies requires goods and services contracts, legal interactions interested in the public, above of all. But the legislator, submitted to the law 100(1993) on its articles 95, the mission on dinamyc,

³ Political Constitution of Colombia. Article 2. There is an essential purpose from the state to serve the community, to promote the prosperity in general and ensure the effectiveness of principles, rights and mandatories recognized in our constitution. To allow the participation of alls decisions that impact on their lives, in economy, political, administrative field and cultural aspects; to defend the national independence, to maintain the territorial integrity and guarantee the peaceful coexistence and to observe the order based on justice. The authorities of the república must protect alls residents people in Colombia. Protecting their lives, honor, goods, beliefs and others rights and freedom and to make sure of the fulfillment of social state duties in relation to individual.

⁴ Political constitution of Colombia. Articles 49.(it has been modified by the legal act n°02 in 2009). The health attendance and the environmental sanitation are public services which the main responsible is the state, which must give guarantee to people in general in order to all, access to receive these services and to be promoted, protected and recovered on their health aspects. It's mandatory from the state, organiza manage and regulate the care attendance for all the people and also provide environmental sanitation according to the three following priciples: effiience, universality and solidarity. It's necessary to establish the competences of this nation, the territorial entities and individual. And also to determine the contributions which states is the responsible authority based on terms and conditions just established by the law. The care service will be organized by decentralized forms taking into account level of attendance and must include the community participation. In addition to this, the law will define the terms in which the basic attendance for the people will be free and the mandatory character.as a result, each person has to take care of his/her health by themselves and at the same time, it's necessary people make aware of the importance to protect their community health as well.

efficient and structure form under a contractual regime from private-law with the authority to include contracts guarantees for public procurement which the called exorbitant clauses, being also able to provide widely the framework of coverage addressed to the administrative needs of local authorities and the benefits level of care by associations between public and private entities, legal situation that plays an important role to understand the mixed regime contracts and the responsibilities from the provider of care as a public service.

The state social companies originate from a prompt answer to those voices that did efforts and collective work with the purpose to eradicate the vicissitudes inside the Colombian hospital. Furthermore, it is worth mentioning the law regulation not only useful as a legal tool but also for the fact to make possible third interventions which may manage implementations taking into account the constitutional guarantees those did not have legal provisions to archive constitutional objectives for the population in general.

For the aforementioned, the present searching will be a continuous commitment focused on the definition of terms and analysis of the competence, advantages and disadvantages of the state social companies since its origin, operational mechanism and administrative procedures towards the improvement of our social security system.

Key words: State social companies, provision of health services, care contracts, state social companies regime, third interventions-mediation, mixed regime of state social companies, different forms of health associative, legal nature of state social companies, state social companies regime.

Contenido

Resumen	
Introducción	10

Capitulo Primero. Historia del Derecho a la Salud como Servicio Público

1.1. Concepto del servicio público en salud.	
1.2. Origen y evolución del servicio prestacional de la salud desde el sector público y privado en Colombia.	
1.3. Garantías estatales de la prestación del servicio de salud	

Capitulo Segundo. Marco Historico del Sistema General de Seguridad Social en Colombia.....

2.1. Optica de la Seguridad Social antes de la definicion de la Constitución Política del año 1991.	
2.2. La Seguridad Social Constitucional	

Capitulo Tercero. Regimen Jurídico de las Empresas Sociales del Estado 68

3.1. Constitución y Reglamentación de las Empresas Sociales del Estado.	
3.2 Sistema contractual de las Empresas Sociales del Estado como Régimen Mixto	
3.3 Ventajas y Desventajas de las garantías del servicio publico de salud en las Empresas Sociales del Estado en Colombia.....	
3.3.1. Eficacia de las Empresas Sociales del Estado en Colombia	
3.4 Competencia de la resolución de los conflictos jurídicos de las Empresas Sociales del Estado en Colombia.	

Conclusiones.....

Bibliografía

Fuentes primarias

Literatura

Cibergrafia

Introducción

El Derecho Fundamental A La Salud - Comprende la garantía del acceso a servicios de salud de calidad, de manera oportuna y eficaz⁵. Este principio nuevo establecido constitucionalmente y amparado con las garantías desde el mismo cuerpo colegiado como lo es la Corte Constitucional en nuestro país, es el origen, la respuesta y la razón de ser del estudio de esta investigación a la que he titulado ***La eficacia del servicio público en salud frente al régimen híbrido generado por la naturaleza contractual de las Empresas Sociales del Estado.***

Esta naturaleza jurídica de la contratación desde la óptica directa y específica de las denominadas Empresas Sociales del Estado⁶ definidas por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y que a su vez son las encargadas de la prestación y garantía de ese derecho fundamental, como servicio público y parte integral del sistema de seguridad social que es la salud en Colombia; con respecto a dicho aspecto, se procede a realizar en el primer capítulo de este trabajo, el proceso evolutivo de esa triple connotación jurídica que hoy detenta, a la luz de los avances legislativos y constitucionales que lo han irrogado de elementos estructurales a lo largo de nuestra historia, hasta llegar a rodearlo de la importancia que hoy tienen en el marco

⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T 214 - 2013 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa

⁶ El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 reza: “Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

constitucional y que posibilitó que el legislador lo blindara de una doble caracterización jurídica, ya en el plano público de su origen, ya en el privado de su régimen de contratación, en nuestro capítulo segundo.

La salud es un derecho intrínseco al ser humano, como ya se ha dicho, que por su naturaleza es misión esencial de los Estados modernos, de allí que en el nuestro se hubiere elevado a una doble categoría constitucional (Art. 49): a la de derecho fundamental que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, y a un servicio público, esta última, implicando un carácter asistencial que exige para su efectividad normas presupuestales, organizativas y procedimentales a cargo del Estado; en ese sentido en sentencia T-636 (agosto 15 de 2007) con Ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, se pronunció en la Corte Constitucional, así:

“Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En este orden de ideas, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.”

Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución”⁷

El modelo estatal que erigió el constituyente de 1991 determinó unos fines esenciales del mismo (Art. 2 C.N.), y para tan compleja y basta misión sentó las bases estructurales del Estado en tres básicas ramas de antaño conocidas y de función armónica: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, pero ante el espectro amplio de misiones abrió pasó a entes autónomos ya descentralizados de forma territorial como los Departamentos, Municipios y Distritos, o por Servicios tales como las Superintendencias, los Establecimientos Públicos, Unidades administrativas especiales, Institutos científicos y tecnológicos, Empresas industriales y comerciales del Estado y empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, entre otros; lo anterior, sin dejar de lado la descentralización por colaboración en la que los particulares toman a su cargo unas determinadas funciones públicas en razón del conocimiento y la experiencia por ellos acumuladas, lo cual encuentra eco en los artículos 1º., 2º., 123, 209, 210 y 365 de la Constitución Política, o ya por medio de ejecución de obras y labores propias del Estado pero mediante contratos con particulares; todo lo anterior, como mecanismo idóneo para una mejor satisfacción de los intereses generales.

⁷ Corte Constitucional.sentence T-636 (agosto 15 de 2007) M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

En esa tónica el Estado colombiano por intermedio de su legislador desarrolló la preceptiva constitucional y fue así como expidió la ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, encomendando la prestación del servicio público asistencial de salud a la nación directamente y las entidades territoriales por medio de personas jurídicas de régimen jurídico especial y autónomas administrativa y presupuestalmente, denominadas en forma genérica: Empresas Sociales del Estado, cuyo objeto social se definió de forma precisa como “...la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social”⁸.

Dada la complejidad que implica la prestación de servicios de salud, las entidades prestadoras requieren para su ejercicio y cometido social la celebración de actos jurídicos vinculantes, por lo que el mismo estatuto que las erigió como misioneras de la prestación del servicio de salud, las autorizó para contratar; así tenemos que el numeral 6º de la norma ibídem dispone “*En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública*”, de donde se evidencia que muy a pesar de responder dicho servicio a intereses generales y públicos, la actividad contractual que celebran para la observancia de su objeto social se someten al régimen privado de contratación, esto es, a la normatividad civil y/o comercial, más no al Estatuto General de la Contratación; en ese sentido lo consideran autores como DÁVILA VINUEZA (2003) al decir: “*En consecuencia, la actividad contractual de las Empresas Sociales del Estado a las que aluden las citadas normas, no están*

⁸ Ley de la Seguridad Social Colombiana - Artículo 195 numeral 2º de la ley 100 de 1993.

*sometidas en todo a la ley 80 de 1993, pese a su evidente naturaleza de entidades públicas, ya que expresamente la ley determinó que esa materia se rige por el derecho privado*⁹. (Pág. 840-841).

Ahora bien, las Empresas Sociales del Estado que requieren celebrar contratos para la prestación de los servicios esenciales de salud que se les ha encomendado, deben someterse al derecho privado, no obstante el carácter público -finalísimamente hablando- de esas contrataciones y de que la ley 1150 de 2007 en el ordinal C del Numeral 2º del artículo 2º determina que es el proceso de selección abreviada la modalidad de selección para la escogencia del contratista en ese tipo de contratos, pero *“Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993”* normatividad que otorga la facultad discrecional de hacer uso de las denominadas cláusulas exorbitantes de naturaleza totalmente pública, y que a prima facie trastocan principios fundamentales del derecho privado como la autonomía de la voluntad que podrían convertir en un híbrido la naturaleza jurídica la contratación de las Empresas Sociales del Estado.

En atención a ello, esta investigación ausculta en un primer momento el marco histórico del derecho a la salud como servicio público, a fin de conocer pormenorizadamente cómo este derecho fundamental fue elevado a la categoría de un servicio, teniendo en cuenta el carácter eficaz y eficiente para su prestación generalizada y como tal, dar cumplimiento a ese fin esencial del Estado.

9 Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal “Aproximación crítica a la ley 80 de 1993”*. Bogotá Colombia: 2ª edición, Legis Editores S.A. (P. 840-841)

Es en ese proceso evolutivo histórico, analizamos y estudiamos los avances que han habido en Colombia, respecto de ese servicio asistencial fundamental como lo es la salud, desde las dos facetas prestacionales que se han dado en nuestro país, ya como medio de colaboración con los fines de Estado (ámbito privado), o como cometido estatal (ámbito público), y así conocemos los avances histórico jurídicos que fueron dando forma y elevando a una dimensión mucho más amplia de lo que es la salud como servicio y que hoy día lo erigen como cometido estatal esencial, pero que el Estado puede controladamente permitir en los particulares como actividad de mercado.

Sin lugar a dudas nuestra carta magna de 1991 trajo consigo un nuevo modelo de Estado, donde el núcleo social es el cometido principal, en ese sentido, categorizó al derecho de la salud como fundamental, brindando no solo mayores y mejores coberturas de protección a todos sus ciudadanos, sino herramientas eficaces para su solvencia real, de allí que sea menester adentrarse en el proceso evolutivo que ha tenido en Colombia el derecho a la salud como instituto fundamental que el Estado garantiza en su prestación.

Por último, ahondamos en el proceso histórico - evolutivo antes y durante el sistema constitucional vigente que ha tenido el sistema General del Seguridad Social en Salud, habida cuenta que es de rango constitucional actual que la seguridad social comprende una gama amplia de servicios prestacionales que buscan una cobertura integral del conglomerado social, jugando un papel relevante la salud, derecho este, que presenta

múltiples dimensiones que lo irrogan de contenido y de ámbito de protección estatal, ya en el plano individual de sus asociados como usuarios del sistema o como conglomerado al que se debe proyectar y servir.

Este recorrido fidedigno evolutivo de la salud como derecho y como ámbito de la seguridad social en escenarios bibliográficos de doctrinantes e investigadores autorizados y jurisprudencia temática, nos permiten concluir sobre la conveniencia jurídica de que el Estado regule con normas derecho privado la actividad contractual de las Empresa Sociales del Estado al prestar servicios de salud, como forma de dinamismo de esta actividad, pero que al mismo tiempo, determine su proceso selectivo según normas jurídica públicas y que posibilite clausulas netamente públicas como son las exorbitantes que en sentir de Dromi, R. (1995) “ *son clausulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían ilícitas, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.*” 10. (Pag.315). Las cuales excluyen el principio rector de la contratación privada, como lo es la autonomía de la voluntad.

Como se observa las Empresas Sociales del Estado, son de creación legal (Ley 100 de 1993, artículo 194) con una obligación especialísima como lo es la prestación del servicio público del derecho a la salud; bajo esa óptica, parecería que su categoría de

10 Dromi, Roberto. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina:4ª edición actualizada. Ediciones Buenos Aires. (P.315)

entidad pública descentralizada la sujetara a la ley 80 de 1993 o denominado "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" en lo que respecta al régimen de contratación dado el carácter universal de aplicación de dicho estatuto respecto de toda clase de entes públicos; sin embargo, ello no fue la voluntad discrecional del legislador al establecer un régimen excepcional y especial, como lo hizo en el caso de estas empresas:

*"ARTICULO 194. Naturaleza. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una **categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa**, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo"¹¹ (resaltado nuestro).*

Sin embargo, existen autores que determinan que no es solo ese origen legal el que le da justificación sino "...Los cambios han llevado a pensar lo social más en función de los costos y la racionalidad económica, en transformar las empresas, en involucrarse en la carrera loca por la competencia a riesgo de su propia supervivencia y de la vida de las instituciones FRANCO (2000).

¹¹Ley de la Seguridad Social Colombiana - Ley 100 de 1993

En ese ejercicio facultativo el legislador creó con un carácter especial y excepcional la regulación contractual de las ESE, y es así como de forma clara sustrajo del ámbito del derecho público contractual a este tipo empresarial público, y le dio para una mejor y dinámica prestación de servicio paso al régimen de contratación de derecho privado, lo cual normó en los siguientes términos:

“ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

*...6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.”¹²*

Como se ve en principio no tendría injerencia el derecho contractual público en las relaciones contractuales de las ESE, pero no es del todo cierto, por varios aspectos que profundizamos en este trabajo investigativo en nuestro capítulo tercero, uno de ellos, es el hecho de que la inclusión de cláusulas excepcionales¹³ al tenor del artículo

¹²Ibídem

¹³ Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. **Artículo 14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.* Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

14 de la ley 80 de 1993 se entienden incluidas aunque no estén escritas, en todos los contratos de las entidades estatales, sin embargo esto, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan, siendo un facultad el pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, cuando se estime que las reglas de derecho privado no otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente, sin embargo, ese simple hecho no desnaturaliza el régimen de ley aplicable, siguen siendo de derecho privado ilustrándose solo de las normas administrativas en lo concerniente a la cláusula estipulada.

Otro de los tópicos que dan relieve al carácter mixto de la naturaleza jurídica contractual de las ESE y que es objeto de estudio de investigativo, es el de los contratos nominados (*como lo son 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*), expresamente en la ley de contratación pública como contratos estatales por su propia esencia, ya que estos aun siendo celebrados por una ESE siguen su naturaleza pública y como tal su régimen, por lo que en este ámbito

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

estas empresas sociales adquieren un carácter público en su régimen contractual, alternando con el privado que los caracteriza.

Debido a lo anterior, nos hacemos la pregunta hipotética que busca como objetivo la respuesta de si las ESE son las herramientas que se pueden utilizar como garantías legales de las que se puede aferrar una persona en aras de asegurar el correcto funcionamiento de la prestación del servicio de salud en nuestro país? La respuesta antes de iniciar la investigación y su estudio asiduo es No. esto por cuanto en forma desafortunada, las manipulaciones de carácter político que enlodan nuestras instituciones, les dan el carácter inicial de bueno perfecto y afable pero en la letra que después se convierte en muerta, solo mediante la puesta en marcha del aparato judicial a través de las acciones de tutela o de grupo, los administrados pueden conseguir el objetivo propuesto en la defensa de dicho derecho, el cual si no es utilizado “es una situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y partir de ese momento progresar hasta hacerse irreversible”. (QUINCHE M. 2008).

Nuestro estudio investigativo nos ubica en un hecho cierto de que las ESE se rigen por las normas del derecho comercial o civil, como regla general, sin embargo, esa concepción privatista del régimen se desdibuja e interviene de manera directa en dicho engranaje, la Ley publica, la cual rige en los eventos mencionados, a los que se refiere la norma de contratación administrativa, con respecto a la inclusión de cláusulas

exorbitantes, o cuando se celebren contratos relacionados y nominados como estatales.

Por encima de todo, en la obligada concepción que aparejan las actuaciones contractuales de los administradores y encargados de la misma en las ESE, de dar cumplimiento estricto a los principios de la función administrativa que consagra el artículo 209 de la Constitución Nacional, en consonancia con el cumplimiento del objeto de la actuación administrativa y de los principios de la actuación administrativa consagrados en los artículos 2 y 3 del CPACA.¹⁴ lo cual sin duda alguna nos ubica en un escenario desprovisto de privacidad e interés particular y nos centra en el interés superior general propio del derecho público, hechos estos que evidencian la naturaleza mixta de ese régimen de contratación de este tipo especial de empresa del Estado, denominadas ESE y que ahondaremos en este capítulo, haciendo énfasis en el régimen híbrido, pues se regulan tanto por el derecho privado como por el público.

Las Empresas Sociales del Estado pueden contratar como los particulares aunque cuando lo consideren necesario pueden interpretar, modificar y terminar unilateralmente un contrato y evidenciar el incumplimiento del contratista, declarando la

¹⁴ **Código Contencioso Administrativo. “...Artículo 2°. Ámbito de aplicación.** Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades....” “...**Artículo 3°. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales....”

caducidad administrativa. Sin embargo, resulta claro y además de interés que su regulación, intervención y control la pueden ejercer organismos estatales como son la Contraloría, Procuraduría entre otras y donde exista especial interés, al darle manejo a ese carácter estatal como lo es el derecho a la salud.

Por último, se establecen que las justificaciones de servicio, operativas y de eficacia que posibilitaron la generalización de los procesos de tercerización de servicios en el sector salud, esto es, la prestación del servicio con cumplimiento de las metas del derecho y servicio prestado, a través de la contratación con terceros, o mediante la celebración de convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos con miras al cumplimiento de su función prestacional del servicio público de salud, la cual esta implementada en la práctica por permisión constitucional, pero no encontraba respaldo reglamentario más allá del artículo 192 de la Ley 100 de 1993, no existiendo unidad de materia, pero en todo caso abierta la legalidad de este tipo de sistema prestacional en el sector salud y la realidad del mecanismo, lo cual logró un primer escenario por medio de la Superintendencia Nacional de Salud expidiera la Circular Externa N° 067 (del 27 de diciembre de 2010), y luego de lo cual se solventó este fenómeno real de la tercerización en la ley 1438 de 2011, pero sus alcances fueron morigerados por nuestro máximo Tribunal Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, al poner límites de contratar funciones propias de las entidades estatales mediante prestación de servicios.

Siguiendo con esa mixtura normativa y de naturaleza jurídica, encontramos que se refleja sobre el escenario prestacional del personal vinculado a las ESE ya porque lo estén por prestación de servicios o legal reglamentario, sin dejar de lado y las responsabilidades que a ellos atañen en el plano administrativo, indemnizatorio, Disciplinario o Penal, según estemos frente a personal vinculado a la ESE mediante régimen de derecho privado o mediante régimen público lo cual denota aún más la especialidad de estas entidades estatales de carácter social y que será objeto de estudio en este trabajo investigativo.

Ahora bien, esa doble naturaleza del régimen contractual de las ESE nos concitan a una situación compleja no solo en el ámbito de la ley aplicable sino también, de la jurisdicción competente para dirimir los conflictos jurídicos que se susciten en las relaciones contractuales de estas entidades ya porque sean de competencia de los jueces administrativos por aquello de las cláusulas excepcionales propias del derecho público, o por los jueces ordinarios por la obligatoria aplicación de las leyes del derecho privado, situación que abordaremos de conformidad con la tendencia jurisprudencial nuestra.

1. Capítulo Primero

1.1. Concepto del servicio público en salud.

Antes de ahondar en precisiones respecto del servicio público en salud se hace necesario tener preciso que se ha considerado como “servicio público”, y que se ha conceptualizado como “salud” dentro del proceso evolutivo de los derechos del hombre; en esa tónica tenemos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el Preámbulo de su Constitución¹⁵ la definió así: *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”*, en consideración a ello autores como C. A. OLANO y H.A. OLANO (2000) manifiestan respecto del concepto de salud universalmente considerado que *“expertos de la organización mundial de la salud OMS han conceptuado en diversos estudios y documentos que la salud no consiste únicamente en ausencia de enfermedad o dolencia de cualquier naturaleza, sino que “es un estado de completo bienestar físico mental y social”*¹⁶.

Lo anterior nos clarifica que la salud es un concepto intrínseco al hombre, pero no en un contexto o plano netamente biológico - individual del ser humano, sino como ser social, de allí que las esferas de aplicación del concepto se extienda a los servicios personales, a los servicios de salud pública y a la relación de la misma con el medio ambiente y el saneamiento básico.

¹⁵Celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

¹⁶OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto y OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. (2000). Derecho Constitucional e Instituciones Políticas “Estado Social de Derecho”. Bogotá Colombia: 3ª edición, Editorial Librería Profesional. Pág.

Ahora bien, el concepto de “servicios públicos” involucra todas las actividades orientadas a compensar satisfacer todas aquellas insuficiencias de connotación general y en beneficio del interés colectivo, determinados por los principios de continuidad, adaptación, neutralidad e igualdad en la prestación del mismo, en ese sentido encuentran respaldo normativos como el del numeral 3º del artículo 2º de la ley 80 de 1993; al respecto manifiesta. Como se observa, los servicios públicos son aquellas necesidades esenciales generales que hacen que el colectivo social de un Estado gocen de elementos mínimos de supervivencia y que como tal se erigen en fines del Estado, ya por prestación directa de este, o por medio de particulares vigilados por aquel, en ese sentido los definen autores de las teorías modernas entre

ellos como el profesor ESGUERRA PORTOCARRERO (1972), veamos: *“el conjunto de actividades creadas y reguladas por el Estado, cuyo fin se endereza a la realización del bien común; organizadas, desarrolladas y prestadas en forma continua, regular igual, general y obligatoria, ya sea directamente por el mismo, a través de concesionarios o por simples particulares, mediante procedimientos de derecho público para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas de la sociedad, teniendo como meta un interés general directo o indirecto.”*¹⁷

¹⁷ Juan Carlos Esguerra Puerto Carrero. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Ciencias Socioeconómicas de la misma universidad, Magíster en Derecho (LL.M) de la Universidad de Cornell (Estados Unidos).

Ahora bien, tenemos que la característica primordial que ha erigido evolutivamente a un servicio a la esfera de público es su esencialidad para con la sociedad, y en esa medida las esferas amplias que irrogan al derecho a la salud le han brindado tal carácter a este derecho; Por lo anterior la salud ha hecho parte del proceso evolutivo – histórico universal de lo que han sido “servicios públicos”, mismos que han tenido cinco fases, a saber: a) La policiva, como forma de expresión del Estado liberal en donde el papel era preservar el orden público y garantizar las libertades individuales, b) La de prestación directa por el Estado, nacida de las carencias propias de la guerra mundial y del surgimiento de la Unión Soviética. c) La del Estado empresario con ocasión de la postguerra y e) la del Estado planificador de la economía.

Por otra parte, la evolución de la prestación de los servicios públicos en nuestra historia se dio en cuatro etapas a saber: la primera, desde finales del siglo XIX hasta inicios del XX, caracterizada por servicios provistos por particulares y en ámbitos territoriales específicos. Una segunda etapa surgida a mediados del siglo pasado, motivada por la insuficiencia en la satisfacciones del creciente volumen de necesidades y que por lo mismo, se destacó por el fomento del Estado y la regionalización de la prestación de los servicios; Una tercera etapa surgida de la deficiencia de los municipios para satisfacer los servicios, y cuya nota predominante fue la estatalización de los servicios pero con concepción comercial y asistencialista que no logró fortalecerse por las falencias administrativas y la conmocionada situación social e institucional de finales de los años noventa; y una cuarta etapa novedosa y actual, surgida de las entrañas del Estado moderno que se erigió la carta magna del 1991, y la nueva estructura de Estado

Social de Derechos que categorizó el interés general y que elevó a fundamental derechos que lo exigían por su naturaleza esencial para el hombre, en especial “la salud”, a la que no le bastó tal condición, sino también, la de fuente primordial de la seguridad social; ello no fue gratuito, obedece al tratamiento de derecho humano que históricamente ha recibido y que ha trascendido la concepción biológica del hombre, para convertirse en factor económico, social y cultural esencial del Estado, y como tal del interés y cometido de estos; motivo por el cual el constituyente de la nueva carta magna, lo elevó no solo a la categoría de “Derecho Humano fundamental”, sino también, de “Servicio Público Esencial” y parte integral de la “Seguridad Social”, rangos estos, que son el fruto de consensos internacionales que fueron instrumentalizando (*Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Arts. 22 y 25); Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (Arts. 9 y 12); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*) su protección a nivel internacional, pero con proyecciones e institucionalizaciones nacionales, y que fueron siendo recogidas en los que se consideran derechos sociales, que en sentir de ARIAS REY, J. L. (2010) no son más que “*aquellos contenidos en las constituciones o en los tratados internacionales de derechos humanos, que contienen reconocimientos de derechos que en ciertas oportunidades tienen la forma de prestaciones a cargo del Estado y que en su estructura contienen una aceptación implícita del valor de igualdad, estos garantizan las condiciones mínimas necesarias de bienestar para población a fin de salvaguardar su vida y su dignidad humana*”¹⁸, he allí la razón de ser del Derecho

18 ARIAS REY, J. L. (2010) Realizabilidad del Derecho a la salud para niños, mujeres y discapacitados por vías no jurisdiccionales (Tesis de Maestría en Derecho Público) Universidad Santo Tomás, Bogotá- Colombia. Pág 32

Fundamental integrado al Sistema General de Seguridad Social y Servicio Público “SALUD”, que le imprimen características propias habida cuenta el sometimiento a tres principios, a saber: Eficiencia, Universalidad y Solidaridad, que responden a la mejor preparación y utilización de los recursos para conseguir una prestación con una mayor y mejor y calidad en el servicio a suministrar, como medios para lograr el fin esencial estatal como lo es la solvencia y salvaguarda de la Dignidad Humana y como expresiones de ella la vida y integridad, y que son precisamente los cimientos básicos para poder dotar de normatividades jurídicas dinámicas y menos engorrosas que las que caracterizan el funcionamiento de los entes estatales, permitiendo que las relaciones jurídicas de los entes que presten este servicio público aun siendo de ese carácter, tengan el dinamismo jurídico que posibilita el derecho privado pero guarneciéndolo mediante cláusulas de favorecimiento en pro del ente público, como se estudiara en la segunda parte de esta tesis investigativa, y en ese sentido la ha concebido la Corte Constitucional en la sentencia T-484 de 1992 al afirmar :

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado

*Social de Derecho, en razón a que su reconocimiento impone acciones concretas*¹⁹(subrayas fuera de texto).

Por otro lado, frente a las condiciones que desde antaño se han generado en nuestro país con respecto a las necesidades que se deben satisfacer para que esa salud precisamente cumpla su función constitucional y asistencial, el mismo Estado ha generado varias alternativas para la respuesta a la solución de dichas falencias de carácter estatal. En ese orden de ideas, explica el Dr. JOSE LUIS BENAVIDES (2004), especialista en derecho público y privado, analiza que existen que se deben estudiar los contextos referentes a los imperativos económicos, ya que "... al final del siglo XX los aspectos económicos adquirieron un rol preponderante en las decisiones políticas. La dinámica de la globalización propende por un gran cambio de la gestión pública, y con ello por el desarrollo de un lenguaje jurídico común, más seguro para la inversión y más claro para todos los actores involucrados. Este *cambio ideológico* (a) es muy sensible en materia contractual dadas las *carencias de la administración que incitan a estimular la participación del sector privado* (b), lo que se traduce no solamente en una mayor presencia del capital privado en la gestión pública sino también en *una profunda transformación de la manera de concebir esa participación* (c)....(Pág. 27)"²⁰

Es de allí que la responsabilidad estatal se encuentra trasladada a un tercero que entra a comportar el cambio en la naturaleza jurídica de la misma

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T- 484 del 11 de agosto de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez; Jaime Sanín Greffenstein

²⁰ Benavides José Luis, *el contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado. Universidad Externado de Colombia. 2da Ed. 2004.*

por cuanto al tener participación e intervención en un objetivo como lo es la prestación del servicio de salud, es objeto y garante del cumplimiento de dicha gestión, la administración debe racionalizar sus gastos y rentabilizar sus servicios Terneyre (1996), para darle una respuesta acorde a las necesidades actuales y a los administrados traducidos en la vinculación de la globalización mundial en cada una de las esferas de la administración, porque “los países que mejor logren transformar las institucionales publicas tendrán las mejores condiciones para lograr su desarrollo” Croizier (1987).

1.2. Origen y Evolución del Servicio Prestacional de la Salud desde el Sector Público Y Privado en Colombia

Ha sido el proceso evolutivo del concepto de salud el que ha hecho que el margen de su cubrimiento encuentre diferentes formas a lo largo de la historia no solo universal, sino también, colombiana; en esa tónica tenemos que la salud en criterio de la Organización mundial de la salud es “*Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de molestias y enfermedades*”²¹ y en ese sentido internacional e histórico abarca al ser humano individualmente considerado, a la salud pública y su relación con el ambiente y al saneamiento básico, es por ello que doctrinalmente se han considerado la estructuración de tres modelos mediante los cuales se ha pretendido solventar la exigencias de la prestación del servicio de salud como obligación estatal, esto es, tres han sido las formas de institucionalizar ese

²¹ www.juntadeandalucia.es/averroes/~29701428/salud/concep.htm. Organización Mundial de la Salud

servicio, ya fuere por que el Estado asuma el compromiso solo, o que lo comparta con el sector privado para atender las necesidades sociales en materia de salud, en cuyo evento la presenta como un sistema económico y para cuya sostenibilidad se vale del sector privado.

En ese sentido se han tenido como parámetros para determinación de los modelos a seguir las calidades, ámbitos y forma de cobertura del servicio y la estructura y organización del sistema las cuales han edificado tres modelos: a) Liberal o de seguros privados en la cual se accede al servicio por afiliación particular o empresarial de forma regulada pero sin la intervención prestacional del Estado; b) de Seguridad Social o Bismark regulado por el Estado, de seguros obligatorio, con miras a la universalización de la asistencia en salud, con financiación del sistema con recurso de todos los sectores de la economía y c) de Servicio Nacional de Salud o Beveridge cuya prestación a cargo del Estado y bajo su influjo financiero determinan universalidad e integralidad del servicio prestacional.

Los modelos expuesto, no son otra cosa que respuestas institucionales acordes con el carácter dado dentro de cada Estado a la prestación de la salud *(en el caso nuestro, permite no solo formas asociativas con el sector privado, sino también, la regulación por el derecho de privado para un mejor dinamismo y eficiencia)*, pero por sobre todo al contenido de derecho humano que se la ha erigido en el contexto internacional a través del derecho Internacional de esta índole, verbigracia: la Declaración Universal de los Derechos Cumanos (Art. 25) el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (Art. 9) y demás protocolos y convenciones de este tipo, mismas que por el fenómeno sano de la globalización de los derechos humanos han sido recogidas dentro de las cartas constitucionales de los países al adoptar sus modelos de Estado, como el nuestro que se ha erigido como Estado Social de Derechos o la Constitución Política de Chile que en su artículo 19, numerales 9 y 18 consagra elementos estructurales sobre la protección en condiciones de acceso libre e igualitario a la prestación de salud, de ya desde la esfera de asistencia pública o privada, pero en todo caso bajo el derecho del libre escogencia de afiliación a la seguridad social y propendiendo el Estado por la universalización del servicio, lo cual según autores como CONTRERAS BAUTISTA (2009), es la referencia constitucional inmediata de la categoría a la que elevamos la salud en nuestro Estado colombiano, y así lo menciona: *“La carta de Chile que parece ser el referente inmediato para Colombia en la materia, consagra el derecho a la protección de la salud a cargo del Estado, también prescribe el derecho otorgadas a través de instituciones públicas o privadas; y a supervigilar el adecuado ejercicio de dicho derecho.”*²²

Ahora bien, ya en el plano de Colombia, es claro que el escenario de la salud fue totalmente distinto, antes de la Constitución de 1991 en la cual se inició de una precaria conformación del sistema de salud básicamente higienista asumido por la deficiente red pública, con colaboración de beneficencia del sector privado para con los grupos poblacionales más pobres y régimen de demanda de servicios, y otro el escenario bajo

22 CONTRERAS Bautista, Juan Darío. (2009). Derecho y Economía de la Salud en Colombia. Bogotá Colombia: 1ª Edición, Librería y Ediciones del Profesional Ltda.

la égida de La Constitución Política de Colombia de 1991 en la que se elevó a norma de rango fundamental la salud, de servicio público y de seguridad social, incorporándola como tal al carácter propio del Estado Social de Derecho y en la que la prestación de la salud es individual a través de un sistema de asistencia indirecta, cuyo modelo económico utilizado para la viabilidad del sistema acogió la *“competencia regulada o de separación de funciones”*²³ al estilo del que propusiera Enthoven; lo anterior se solidificó con la Ley 100 de 1993 la cobertura del sistema obligó al Estado a solventar dicho derecho a toda la colectividad de forma eficiente y eficaz, acudiendo al sector privado para poder ser viable prestacional, asistencial y financieramente el sistema implementado, para ello el sector salud se organizó bajo 3 sistemas de financiación y prestación, a) El sistema privado, cuya primacía en el recorrido histórico del país le daba la posibilidad de tener la mayor cobertura dentro de los sistemas; b) el sistema público que siguió su conformación histórica -creación del Ministerio de Higiene (1946); diseño del plan Hospitalario Nacional (1968) y Sistema Nacional de Salud (1975) esencialmente asistencialista de las clases más pobres de la población; y c) el sistema de la seguridad social inspirado en los modelos de Bismark y Beveridge. Al igual que los demás este estuvo ligado al surgimiento histórico de entidades creadas como la Caja Nacional de Previsión (ley 6 de 1945), dirigido a la población que conformaban los servidores públicos; el Instituto de Seguros Sociales (Ley 90 de 1946). Con cobertura de la población trabajadora del sector privado formal de la economía.

23 FRANCO Giraldo Álvaro. La Seguridad Social y los sistemas de salud en la reforma Colombiana. Proyecto de Ley radicados en el año 2013.

A lo anterior, debemos mencionar que desde la exposición de motivos²⁴ de la Ley 80, la antigua legislación contractual fue calificada como *camisa de fuerza* opuesta a las necesidades del sector público y del privado BENAVIDES (2004), pues trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad necesaria que debe estar presente en el actuar contractual BENTACUR CUARTAS (1997), esto debido a que el estado colombiano observó que la antigua legislación no era la acorde para el desarrollo tecnológico y la apertura económica que se sobrevino años después y que condujo a que posterior a la constituyente, fueran necesario espacios de discusión con respecto a la hibridación posible de dicha prestación por parte de la inclusión o de la mano de un particular.

Sin embargo, existen posturas marcadas como las de HERNAN HELLER (2010), respecto a la cuestión sobre la importancia que entraña la acción económico – técnica del hombre para su actividad estatal, somos de opinión coincidiendo en eso con TÖNNIES, MAX WEBER, SCHELER Y TROELTSCH (III, PP. 361 ss.) – por citar solo algunos autores – que las formas de actividad económica-técnica, que son siempre, sin duda, variables solo relativamente independientes, constituyen por decirlo así, la férrea armazón cuya existencia es, en todo momento y a la vez, supuesto y límite de toda formación y, en manera especial, de la estatal. No cabe negar que esa armazón social actúe abundantemente en el sentido de estructurar la realidad social, pero no cabe tampoco olvidar que en una acción puramente económica es algo inexistente. Pues

²⁴ Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993. Presentación del Ministro de Obras ante el Congreso, en Betancur Cuartas, *Nuevo Estatuto*, cit., p. 101. Cfr. También L.G. Dávila, “Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal”, en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio y Pontificia Universidad Javeriana, 1997, Pág. 24.

todo acto humano aparece conformado por el conjunto de las condiciones concretas naturales y culturales y solo pueden ser calificado de económico, político-jurídico, etc. Según el contenido del sentido preponderante en cada caso. Ni siquiera en los más contundentes puntos de la evolucionada economía capitalista de tráfico actúa el puro *homo oeconomicus*, sino el hombre real, quien siempre, aunque en grado menor, aparece determinado también por motivos extraeconómicos (HELLER 2010). Pág. 143.

Como se ve ya en el plano de la constitución del 1991, la salud es: DERECHO FUNDAMENTAL con medios constitucionales (tutela) en palabras del tratadista, (YOUNES, D. 2006), así las cosas evidenciamos que procederá únicamente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, o que esta sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el mismo sentido La Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, define en la expresión perjuicio irremediable de la siguiente Esta procede cuando el particular presta un servicio público ya sea de educación, salud, o un servicio público domiciliario o como ya habíamos mencionado antes, cuando el particular se encuentra en estado de subordinación o indefensión frente a otro. (BOTERO C. 2002), de amparo por las demás ramas del poder estatal cuando se niega la prestación o es deficitaria, y en ese sentido lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T- 1020 del 9 de agosto de 2000 con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Allí el alto tribunal afirma: “.....*si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el*

amparo de las personas y de su dignidad"²⁵; SERVICIO PÚBLICO, como finalidad de Estado y cuya prestación corresponde a este de forma eficaz y eficiente, asumiendo su control y vigilancia, ya con la red pública del sistema, siempre haciendo respetar los principios orientadores del sistema; y ACTIVIDAD ECONÓMICA, que los particulares puede ejercer, como promotores de salud, como Instituciones Prestadoras de Salud en fin como agentes del mercado de salud, así lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia C-974/ 2002, veamos:

“en ese contexto, si bien los particulares pueden concurrir a la prestación del servicio público de salud y El Estado tiene el deber de garantizar que lo hagan en condiciones de libertad económica y libre competencia, no es menos cierto que en ejercicio de las responsabilidades que les corresponde conforme a la constitución, el Estado puede intervenir en orden a asegurar que el sistema de seguridad social, con sus componentes públicos y privados responda, en este caso a las efectivas necesidades de salud de la población y que los recursos de naturaleza pública que lo conforman se utilice de la manera que mejor respondan a esos objetivos “

Se observa entonces que acontece en este aspecto de las Empresas Sociales del Estado, un fin del monopolio del interés general por parte del Estado, el cual se debe apoyar en el derecho privado para administrar mejor sus recursos en este acápite en particular, nos encontramos entonces ante una situación novedosa en el sentir de que

25 Corte Constitucional Colombiana. T- 1020 del 9 de agosto de 2000 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

en tiempos atrás, los civilistas se han quejado de la inclusión del derecho público en sus estructuras, y en esta ocasión en totalmente lo contrario, no en el manejo completo de los contratos con estos particulares, habida cuenta que el Estado no puede perder el control de dicho pecunio, sino en aras de la autonomía que para estas entidades se les ha brindado, por ello, para admitir una mayor inclusión del papel del sector privado. Los libros de COHEN – TANUGI, (1992), *El Derecho Sin El Estado*, y de CROIZIER (1987), *Estado Modesto, Estado Moderno*, tal como lo explica BENAVIDES (2004), exponen una ideología compartida al interior del Estado Francés, cuya tradición de intervencionismo es bien conocida. En efecto, los argumentos de estos autores, partidarios y defensores a ultranza del modelo neoliberal norteamericano.

1.3. Garantías Estatales de la Prestación del Servicio de Salud.

La evolución de la salud como servicio público a cargo del Estado en Colombia ha sido bastante compleja dada la gran cantidad de causas externas e internas que influyeron en su formación, pero a gran escala puede analizarse en el contexto de nuestro país en tres periodos o fases evidenciables por las normatividades que lo regulaban como garantía, a saber: La primera de las etapas se circunscribe a un período comprendido entre la promulgación de la Constitución de 1886 y mediados del año 1970, fase ésta en la que el derecho a la salud no se encontraba protegido ni mucho menos contenido en el texto constitucional, habida cuenta de la ideología liberal de la carta, misma que fijaba su ámbito protección en: a) el derecho a la libertad individual; b) la propiedad privada; c) la seguridad personal y d) en la igualdad; en ese

sentido el doctor ARIAS (2010) lo sostiene en su tesis de maestría²⁶, en la cual trae a colación lo expresado al respecto por el doctor PÉREZ ESCOBAR (1997) “*el Estado no podía intervenir en la vida económica y social del país, porque ello era contrario al postulado esencial de la doctrina liberal formulado en las expresiones, dejar hacer, dejar pasar*”²⁷.

Ya en el plano de la salud tenemos que esta fase se caracterizó por que predominó un “modelo higienista” como se le ha considerado por los estudiosos del tema, habida cuenta que el interés y provisión de la salubridad pública se circunscribía casi que de forma exclusiva a atender políticas netamente sanitarias, dejando de lado la atención preventiva y curativa en salud del conglomerado social que debía ser sufragada por los propios usuarios que tenían esa posibilidad económica de acceder a esos servicios o por algunas instituciones religiosas de caridad en tratándose de personas menos favorecidas.

Durante esta etapa el Estado conformó una Junta Central de Higiene (1888), cuyo fin era el de adecuación de la legislación nacional a las convenciones sanitarias internacionales, para lograr acogida internacional como mercado de inversiones internacionales, para cuyo evento se impulsaban medidas sanitarias portuarias que eran exigidas por los demás países como requisitos para poder establecer el comercio seguro de productos con el país; en esa meta nacional se acogieron las formulaciones

26 ARIAS REY, J. L. (2010) *Realizabilidad del Derecho a la salud para niños, mujeres y discapacitados por vías no jurisdiccionales* (Tesis de Maestría en Derecho Público) Universidad Santo Tomás, Bogotá- Colombia.

²⁷ PÉREZ Escobar, Jacobo. “*Derecho Constitucional Colombiano*”, Bogotá, Editorial Temis, 1997, P.P 156 – 157

mundiales que imponían organismos internacionales, comenzando los primeros reconocimientos concernientes al derecho a la salud por allá en los años 30 del siglo pasado, pero como políticas públicas en salud, influenciadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y luego se fueron ampliando por declaraciones multilaterales como el Consejo Interamericano Económico y Social de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrado en 1961 en la ciudad de Punta del Este - Uruguay que indicó que la salud debíase vincular al desarrollo socio económico de los países.

Ese lapso fue formativo pero proyectado hacia metas distantes de la salud pública, sin embargo, en el trasegar de las exigencias internacionales se suscitaron implementaciones de programas encaminados a ese fin general de la salud como función estatal, aunque fuere en sectores determinados de la población; pero destacamos, que para año 1945 se crea la Caja Nacional de Previsión como forma de atender las exigencias de salud de los empleados vinculados al sector público; ya en un paso más importante para lo que viene a ser el sistema de salud colombiano para el año 1946 (*ley 90 de 1946*) se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) que posibilitó la extensión del nivel de atención en salud a los empleados del sector privado formal, sin embargo, el seguro social colombiano en ese momento se había inspirado en el modelo alemán Bismarckiano que contemplaba los seguros sociales obligatorios, en donde la salud solo se brindaba como protección a las necesidades sociales de los trabajadores asalariados de menores ingresos, esto es, la

implementación del sistema de salud seguía siendo precaria y sectorizada, dejando de lado la extensión de la cobertura poblacionalmente hablando a la que se sometía a la beneficencia, es decir, no había la idea constitucional y menos legal de la asistencia médica o de salud como un derecho de todos los ciudadanos, ya que se seguía manejando el concepto de “asistencia pública” incluido en la reforma de 1936, que involucraba la idea de una obligación estatal por los pobres, lo cual quedaba corto si se compara con el amplio grupo poblacional en condiciones de pobreza que no tenía la atención pública de la salud, situación que para la época ya pugnaba con la concepción internacional de las funciones del Estado en esa materia, mismas que debían ampliarse para tener así una red pública de servicios en donde la salud adquiriera el estatus de derecho.

En esa tónica y para afrontar los compromisos internacionales en pro de la salud pública se promulgaron innumerables leyes con miras a la estructuración del sistema de salud como compromiso de Estado, así tenemos que para el 1963 se establece el Plan Nacional Hospitalario y luego en el año 1967 mediante la Ley 65, se le dieron facultades extraordinarias al presidente de la República con ese objetivo, lo cual permitió que este mediante Decreto N° 2470 del 25 de septiembre de 1968, reorganizara el Ministerio de Salud Pública y el Sistema Nacional de Salud (SNS), con miras a procurar la salud de la comunidad. En 1969 se expidió la Ley 39 de ese mismo año sobre “Plan Hospitalario Nacional” mediante la cual se proyectó la puesta en funcionamiento de hospitales, los cuales se consolidaron financieramente con la creación años después del Fondo Nacional Hospitalario, el cual recogía recursos del

Instituto Colombiano de Seguros Sociales y los destinó a la construcción e implementación de hospitales públicos como forma de ampliar esa cobertura de salud a los sectores no cobijados con el sistema implementado al crear el Instituto Colombiano de Seguro Social.

La segunda fase del servicio de salud como garantía estatal recorre temporalmente el lapso comprendido desde el año 1970 hasta el 1989, el cual se caracterizó principalmente por la creación del Sistema Nacional de Salud en el año 1975 en el que en sentir del profesor CAÑON ORTEGA (2007) se establecieron: *“mecanismos de coordinación entre los organismos y entidades que conforman el sistema. Buscando fundamentalmente una racionalización de los escasos recursos disponibles para atender a las grandes necesidades de la población”*²⁸, pero bajo una visión de Estado que procuró que los recursos del nivel central del gobierno Colombiano destinados para el sector salud, se dirigieran de forma precisa para red de instituciones públicas hospitalarias. En este periodo, el servicio de salud se convierte en parte integral de la planeación socio económico del país. También se crea un esquema tripartito (Estado - Empleadores - Empleados) de financiación para la prestación de los servicios de salud a la población trabajadora formal; no obstante, el sistema de salud continuaba con falencias, ya que no suministraba una atención integral en salud a la población de escasos recursos y se centraba más que todo en la clase trabajadora formalmente

28 SILVA - Colmenares, Julio. *Descentralización y Modernización del Estado*. Sistema Universitario de Investigaciones. Universidad Autónoma de Colombia. 1993. Adaptado Del libro CAÑON ORTEGA, Leonardo, (2007). Una Visión Integral de la Seguridad Social. Bogotá Colombia: 2ª edición Actualizada, volumen 1. Universidad Externado de Colombia.

hablando. En el año 1970 por exigencias internacionales se creó la medicina familiar como una forma de asignar de una mejor forma la cobertura de salud encargada a ICSS, no obstante solo hasta el año 1975 se posibilitó esa situación de salud para el núcleo familiar del cotizante, pero ello solo fue en determinadas regiones. Mediante Decreto Ley 433 de 1971, se reorganizó el Seguro Social y se estableció el “Seguro Médico Familiar”, extendiendo la prestación medico asistencial a la familia de los afiliados.

Por otra parte mediante Decreto-Ley 056 de 1975, se crea el Sistema Nacional de Salud (SNS) direccionando tres esferas de cobertura a saber: *oficial, seguridad social y privado*; así mismo se constituyeron los Servicios Seccionales de Salud” y las Unidades Regionales de Salud (*Decreto 350 de 1975*). Ahora bien, mediante los Decretos 356 y 695 de 1.975 se establecieron dos formas de pertenencia de las instituciones de salud al Sistema Nacional de Salud: a) *Adscripción*, que incluía a todas las instituciones de derecho público y b) *vinculación* de las instituciones de derecho privado.

En 1976 se crea el Fondo Nacional Hospitalario, mediante el cual se obtenían recursos de los aportes del seguro de pensiones del seguro social como aportes de la contribución de la seguridad social a la ampliación de la cobertura del sector salud.

Para el año 1979, el gobierno nacional en ese amplio espectro que fijó sobre la salud pública sanciona la ley 9 de 1979, no solo con miras a plantear directrices

sanitarias y ambientales, sino también, como forma de solventar la infraestructura de las instituciones de salud (entidades hospitalarias) y como implementación de controles para la oferta y de la calidad de los servicios de salud a cargo de las entidades territoriales y de la Súper Intendencia de salud, mostrando el interés público al que se elevó el sector.

El tercer período del garantismo estatal del servicio a la salud, va comprendido desde el año 1990 con la expedición de la Ley 10 que se expidió en aquel momento histórico, de conformidad con la Constitución Política del antiguo Estado de Derecho que nos regía como lo era la carta magna del año 1886, hasta la actualidad del Estado Social de derechos que ha elevado a rango constitucional la salud, como derecho fundamental, como servicio público y como parte integral del sistema de seguridad social.

La Ley 10 de 1990.²⁹ fue un gran paso en la evolución de la salud en Colombia, ya que la misma le dio organización a todo el Sistema Nacional de Salud partiendo del hecho de que la definió como un servicio público a cargo del Estado y de carácter gratuito *-al menos en lo que a servicio de atención básica se refiere y que la misma ley estableció-*; Resaltó esta ley de igual forma, el papel importante que jugarían las diferentes entidades territoriales y las personas privadas en la administración de esa labor estatal; y es que el papel trascendental de la ley en mención es tal que no solo se limitó a establecer formas de prestación de los servicios, sus niveles de atención,

²⁹ Ley por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud en Colombia.

grados de responsabilidad en esa prestación, derechos y deberes de los usuarios del sector, sino también, que erigió los principios básicos que en consonancia con la categoría constitucional regulan la salud y así lo reconocen autores como ACOSTA (2008) “... *Desarrolla esta ley unos principios básicos mediante las cuales se regirá, como son: la Universidad, participación ciudadana, participación comunitaria, subsidiariedad, complementariedad, integración funcional...*”³⁰

En esta etapa histórica nuestro Estado evidenció un cambio en todos los estamentos entre los que no fue ajeno el sistema de salud pública, en atención a los grandes cambios suscitados desde el ámbito constitucional, con el mandato que hiciera el constituyente del año 1991, al constituir un Estado ajustado a la modernidad y configurarlo como un “Estado Social de Derecho” que consagra derechos fundamentales, cuya prevalencia en el cometido estatal ya son una realidad y no una abstracción; he allí la consagración que más luces y proyección hizo sobre la salud, al erigirlo como derecho fundamental, pero proyectándolo más con el carácter de Servicio Público a cargo del Estado (Art. 49) y parte de la Seguridad Social (Art.48) .

La Corte Constitucional en sentencia C-636/200, se pronunció en los siguientes términos respecto de la filosofía política que inspira a los Estados Sociales de Derecho como el que consagra nuestra carta magna, veamos:

30 ACOSTA Rubio, Norberto. (2008). El Derecho de la Oferta de Servicios de Salud en Colombia y Las Autoridades Administrativas en Vía Gubernativa. Bogotá Colombia: 1ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

"Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad".³¹

Ese escenario constitucional le imprimió al estado la obligación jurídica de satisfacer los servicios de salud ya directa o por intermedio de agentes delegados, a fin cumplir su fin esencial y a la vez garantizar el mencionado derecho fundamental.

La creación de normas por el Estado, BÜLOW (Geezes und Richteramt, 1885 pp. 3S), no crea, desde luego un derecho valido sino solo el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta "oferta" que el legislador hace a los destinatarios de la forma, solo produce derecho vigente en la medida en que las normas "salen de su existencia en el papel para conformarse en la vida humana como poder" (HOLDV. FERNECK, RECHTSWIDRIGKIT, I, 1913, p.11; JAHREIS, pp. 19s). puede faltar esta confirmación por muy diversos motivos, ya porque la vida no precise de tales normas, ya que porque las rechace, y en tales casos la normatividad pierde su fuerza normalizadora. Con ello, no solo responde a la generación de normatividades si en el hecho no se reflejan las garantías que la mismas reflejen, se hace necesario que este derecho valido, vaya de la mano de los órganos de control para que su puesta en marcha tenga los resultados de las voluntades de dicho legislador.

³¹ Corte Constitucional en sentencia C-636/200

Otra circunstancia que tuvo incidencia notable en la salud fueron los grandes cambios y reformas estructurales suscitadas desde el año 1990 en la que se dio un ciclo de privatización de empresas del Estado, y a la vez se propició la competencia privada para la prestación de servicios de la salud, concepción competitiva copiada del modelo chileno, de allí legislaciones como la Ley 100 de 1993 que estatuyó el régimen de seguridad social en salud que implementó un sistema para la prestación de los servicios de salud a través de una red de instituciones privada, pero bajo el control y vigilancia del estado por ser un fin de este sistema que a su vez se estructuró bajo el principio constitucional de “solidaridad” en la que la financiación de los servicios de salud de los sectores de la población más pobre se aseguraba con la implementación de dos regímenes: a) *Régimen contributivo*, al que se vinculó a sectores laborales y productivos del Estado y cuya prestación de salud se financiaba con aportes obligatorio compartidos con los empleadores, y b) *Régimen subsidiado*, exclusivo de los sectores menos favorecidos económicamente del Estado, cuyos servicios prestacional de salud son financiados por el Sistema General de Participaciones y un porcentaje de los aportes del régimen contributivo.

Como podemos ver, el escenario constitucional del año 1991 dio la categoría e importancia que la salud representa para una sociedad, y permitió de esa forma que aun con fallas -como toda creación humana- se ampliara la cobertura de salud para nuestra población y se conformara un sistema integral de salud poli dimensional que

hoy día lo hacen un servicio público esencial, que como con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell lo ha expresado nuestra Corte Constitucional en sentencia C-263/96, es parte del cometido- deber denominado “finalidad del Estado” dada su categoría servicio público veamos:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente.

....

La competencia para la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente”³²

Es claro que la historia de la salud en Colombia como garantía estatal siempre ha estado rodeada de puntos críticos de sostenibilidad, habida cuenta en amplio margen de cobertura y de gastos del régimen subsidiado del sector, hecho este al que no fue

³² Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-263/96. M.P. Antonio Barrera Carbonell

ajeno el sistema preparado por la ley 100 de 1993, de tal suerte, que para el año 2007 se legisló en la materia para hacer frente a la crisis, de allí normas como la Ley 1122 que pretendió hacer realidad la universalidad pretendida en la ley 100 de 1993 y de fortalecer la red pública de la prestación de salud, sin embargo, las trasformaciones que ha sufrido el sector salud, siempre se han quedado en legislaciones ideales que en la realidad no consiguen los objetivos, y siempre caemos en la misma realidad deficitaria, no solo asistencial, sino también, financiera como aconteció en el año 2009, en la cual el gobierno mediante Decreto Legislativo N° 4975 de 2009 del 23 de diciembre de 2009 declaró el Estado de Emergencia Social en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, habida cuenta la crisis hospitalaria y de salud y en donde el sistema implementado colapsó, acudiendo para su salvaguarda a reformas de emergencia en procura de recaudar fondos especiales para tan importante sector socio-económico del país, declaratoria esta, que no obstante que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 252 del 16 de abril de 2010 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio, tuvo unos efectos sui generis, ya que el caudal financiero amasado durante y por efectos de la emergencia social, quedo incólume para no agravar la crisis que lo justifico; sin embargo el gobierno para superar de fondo el problema, presentó un proyecto de ley el cual fue tramitado de forma urgente y se busca solventar las deficiencias estructurales que de antaño tienen el sistema, esperando no sea otra solución coyuntural.

Capítulo Segundo.

2. Marco Histórico del Sistema General de Seguridad Social en Colombia

2.1. Óptica de la Seguridad Social antes de la definición de la Constitución Política del año 1991.

El concepto de Seguridad Social³³ es el desarrollo de aquel pilar fundamental de los Estados Sociales de Derecho como lo es el Principio de Solidaridad y en ese marco como forma histórica - evolutiva de las políticas sociales y jurídicas estatales tendientes a la protección del conglomerado social, pero visto en un ámbito de protección individual de los asociados, en especial y con mayor auge en tratándose de los grupos menos favorecidos de la sociedad, esto es, entendido este concepto de solidaridad no solo desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos dentro de un Estado, sino también, de la efectivización y eficacia de los mismos, en especial para con los sectores de mayores y prioritarias necesidades sociales.

En consonancia con ello, tenemos que la Seguridad Social en Colombia ha obedecido a fases evolutivas, que trayendo como corolario, en criterio del profesor ARENAS MONSALVE³⁴ se divide en cinco etapas, las cuales serán las consideradas

³³ Para la suscrita, la seguridad social es aquel derecho que se puede obtener de forma inmediata una vez cualquier ser humano sin importar su condición, lo ponga en marcha.

³⁴ ARENAS Monsalve. *Los Riesgos de Trabajo y la Salud Ocupacional en Colombia: Régimen Legal de Los Sectores Público y Privado y Del Seguro Social*. Legis.

dentro de esta investigación y que nos dan luces del sentir del legislador cuando pretendió dinamizar y efectivizar la prestación del servicio de salud, a través de la aplicación de un régimen de derecho mixto *-entre lo público y lo privado-* a las relaciones jurídicas que surgieran entre los entes estatales especiales para esa función y las demás personas, todo para el cumplimiento del cometido que históricamente asumió el Estado, veamos:

“Esta periodización comprende cinco etapas:

- *Período de dispersión : hasta 1945*
- *Período de organización del sistema: desde 1945 hasta 1967.*
- *Período de expansión: desde 1967 hasta 1977.*
- *Período de cambio y crisis: desde 1977 hasta 1990.*
- *Período de reformas estructurales: desde 1990.”*

En lo que respecta al primer período, esto es, el denominado *PERIODO DE DISPERSIÓN* tenemos que por su contenido histórico fue una fase ab initio precaria y de conformación del sistema, que fue por lógica de la mano de la creación de la República y que como tal, no evidenciaban criterios bien definidos de lo que es un sistema de seguridad social; solo fue el inicio de esas perspectivas, pero como mecanismo de respuesta a las necesidades económicas, sociales y políticas propios de una nación en formación, en el que las penurias exigían respuestas de las autoridades de esa naciente República, motivo por el cual se fundó en el reconocimiento de

beneficios en pro de quienes salvaguardaban esa conformación republicana, hecho que una vez solidificado dio paso a la protección de la generalidad del conglomerado social, pero de una forma incipiente y como respuesta a las exigencias obreras que clamaron amparos sociales del Estado.

Este ámbito temporal de la seguridad social en Colombia, va de la mano de la precariedad histórica de esa república en formación y legislación fragmentaria y restrictiva; tuvo como características sobresalientes las siguientes: a) habida cuenta la incipiente conformación estatal, no existía intervención de éste en la esfera de la seguridad social, por manera que la misma solo se expresaba como beneficios asistenciales a grupos minoritarios de la población –*militares, artesanos y focos pequeños obreros*-; b) hay un surgimiento de normatividades –*mínimas*- respecto de la seguridad social, pero respecto del sector oficial que luchaba por el fortalecimiento de la naciente república – *militares*-; c) comienza el establecimiento de normativas incipientes que tienden a la humanización de las labores realizadas por la clase obrera (*sindicatos, pensiones, riesgos profesionales, maternidad incapacidades, entre otras*), esto es, se evidencia el surgimiento del intervencionismo del Estado en el sector, lo cual acontece a partir de 1928 con la armonización de las normas de beneficios sociales y con el surgimiento instituciones similares seguro social modelo alemán.

Este periodo inicio precario en garantías de salud pero con el Acto Legislativo N° 1 de 1936 modificadorio de la Constitución Política de 1886 se incluyó el concepto de “*Asistencia Pública*” lo cual fue el principio de la asignación de la responsabilidad del

Estado de proveer los servicios asistenciales en favor de las personas que carecen de medios de subsistencia o no trabajadora.

Ahora bien, la segunda fase evolutiva de la seguridad social en Colombia destacada como *PERIODO DE ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA*, se caracterizó por darle una estructura a los beneficios en pro del conglomerado social y en especial de la clase trabajadora *-de ambos sectores, el público y el privado-*, a fin de moldearlos a las exigencias internacionales, y en ese sentido lo expone Cañón Ortegón, veamos:

OJO

“los años 40 y 50 del siglo XX en Colombia son especialmente fructíferos en la incorporación de instituciones de protección social a la estructura social y jurídica del país, como el caso de la previsión social administrada por las cajas y fondos de previsión social, los seguros sociales obligatorios a cargo del instituto de seguros social y la promulgación del código laboral, para dar una protección patronal a los trabajadores asalariados por parte de sus empleadores.”(P.20)

Es así como se destaca en esta segunda etapa el establecimiento precario de un régimen subsidio familiar y la creación de cajas de compensación familiar para administrar esa prestación como formas de otorgar beneficios a la clase trabajadora y a su núcleo familiar.

De igual forma se resalta como logro importante de etapa es la creación del SENA, (*Decreto 118 de 1957 y ley 188 de 1959*) como esquema de capacitación de los trabajadores colombianos y tecnificar a los aprendiz de conformidad con la organización internacional del trabajo. Por otra parte se estructura la piedra angular de la seguridad social en Colombia como lo fue la creación del Seguro Social (*Ley 90 de 1946*). Ahora bien, en este periodo se legisló en pro de beneficios de la clase trabajadora, logrando esta la denominada pensión sanción (*Ley 171 de 1961*) como prestación social atípica de estabilidad laboral.

En lo que respecta a este periodo de evolución se debe destacar el eje organizativo que rodeó la seguridad social como cometido estatal, y para ello hizo uso del poder legislativo no solo creando organismos que desarrollaran dicha actividad en ambos sectores- *el privado y el público*,- sino también, fortaleciendo la legislación laboral como derecho socio-económico para ambos sectores laborales, tales como: A) por un lado respecto del sector privado con el establecimiento de las prestaciones sociales y la creación del Instituto de Colombiano de Seguros Sociales -*ley 90 de 1946*- para esos menesteres y los inicios del Seguro de Riesgos Profesionales -1964- y del Seguro de Pensiones -1966-; por el otro, con la creación de las prestaciones sociales, de la Caja Nacional de Previsión -1945- y la permisión de otras de la misma índole, esto es, la asistencia pública en salubridad, higiene, salud pública y salud; el país estructuró un destacado sistema de protección social para la población trabajadora, con recursos, políticas e instituciones de Estado.

Una vez cimentada la estructura administrativa y legislativa de la seguridad social de conformidad con lo expuesto en el periodo anterior, se produjo un tercer periodo en la historia de la seguridad social colombiana, y es el denominado *PERIODO EXPANSIVO*, en el cual el Estado proyectó el sistema en cobertura y beneficios, es así como tenemos que puesto en marcha Instituto Colombiano de Seguros Sociales sus servicios se extendieron a la cobertura de seguros de invalidez, vejez y muerte (*Decreto 1824 de 1965*) como forma de distribución racional de las actividades económicas del Estado ya organizado desde el punto de vista social, pero ahora, llevando dichos beneficios a un mayor núcleo poblacional y regional, no solo desde el punto de vista prestacional de la salud y pensional (*se expidieron leyes de beneficio pensional como la 4ª de 1976 “ estatuto del pensionado y la ley 33 de 1973*), sino también, de las coberturas familiares brindadas por las cajas de compensación familiar, a las que se les erigió medios eficaces de control de su labor social en la administración de subsidios a los núcleos de población favorecidos por esta proyección social.

De igual forma se expandió la fortaleza respecto de las prestaciones sociales de los trabajadores del sector público (*Decreto - Ley 3135 de 1968*), y así mismo, se asignó al Fondo Nacional del Ahorro (*Decreto – Ley 3118 de 1968*) la función de administrador de las cesantías de este sector laboral público, todo con miras a la proyección de vivienda del sector y de paso a la protección familiar como forma de seguridad social.

En ese proceso expansionista del sistema de seguridad social, un papel importante jugó la salud, ya que el Estado lo asumió por fin como el rol que le asignó la constitucional nacional en el acto legislativo del año 1936, esto es, como un cometido importante para el logro efectivo de ese sistema de seguridad social, es decir, como fin público estatal; como tal, entendió que es al Estado a quien corresponde la obligación asistencial de salud de sus asociados, no solo desde el punto de vista cualitativo, sino también, cuantitativo o de la cobertura, fue así como se creó el Sistema Nacional de Salud y el Fondo Nacional Hospitalario en el año 1976 como formas de masificación de la atención en salud de la población menos favorecida, como *desarrollo de la asistencia pública* consagrada en la reforma constitucional del año 1936, dejando a un lado el relegado sistema de ayuda de carácter privado y de beneficencia pública que venía de antaño.

Ahora bien, esa fase tercera de expansión del sistema de seguridad social en Colombia, fue el preámbulo de lo que sería el cuarto período, identificado por la crisis del sistema y en especial del ente público pilar del mismo, como lo fue el Instituto de Seguros Sociales, derivado del hecho de la amplitud desmesurada de la cobertura y de las falencias administrativas que rodearon el sector.

En lo que respecta al cuarto periodo llamado *PERÍODO DE CAMBIO Y CRISIS*, tenemos que se caracteriza como una etapa de problemática, suscitada por la crisis dada en el seno del Instituto de Seguro Social (*desorden administrativo, corrupción y paro médico*) y por deficiencias que el sistema de seguridad social conformado mostró

en el contexto social y económico del país, y que se sintetizan en que: a) el sistema de Seguridad Social era disipado, con una cobertura precaria que dejaba por fuera del sistema a las clases más pobres; b) un sistema que el ámbito de protección dejaba de amparar algunos riesgos sociales; c) un sistema que no daba tratamiento igual a toda la clase trabajadora, en especial para con los que ejercían labores de forma independiente y d) como si fuere poco un sistema con un grado alto de déficit financiero, que comprometió el funcionamiento del mismo, en los términos en que estaba estructurado, por la ausencia de mecanismos de financiación, esto es, el sistema no solo había quedado ineficaz, sino también, ineficiente, lo que urgió básicamente tres aspectos a) reformas estructurales y reorganización en el Seguro Social (*Decreto Ley 1650 de 1977*) en especial en la separación de la administración de los riesgos asistenciales de los económicos, buscando mejoramiento en los recursos y servicios de la entidad; b) En el régimen de subsidio familiar (*Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982*) con miras a la intervención estatal en el sistema, y c) reformas pensionales (ley 33 de 1981 y 71 de 1988) tendientes a reestructurar las condiciones pensionales en el sector oficial, a través de la modificación del estatuto del pensionado, de la unificación los tiempos pensionales en sector público y privado y estableciendo que la pensión sanción se integra con la vejez que reconozca el seguro.

2.2. La Seguridad Social Constitucional.

Es claro que el contexto histórico de nuestro país, fue otro a partir del año 1990 y la presidencia del Dr. Cesar Gaviria, ya que éste recopiló todo el movimiento político social y económico que por aquella década movía el contexto mundial, me refiero al proceso de globalización que encontraba en nuestra estructura estatal talanqueras, habida cuenta el escenario histórico en que la carta magna de 1886 que nos regía, había nacido. Ese lapso histórico, posibilitó la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente para estructurar no solo una nueva carta constitucional, sino también, un nuevo modelo de Estado moderno, como el que efectivamente se erigió “ESTADO SOCIAL DE DERECHO” en el que la salud tomó la forma de Derecho Fundamental (Art. 49), de Servicio Público (Art. 49) y de parte integrante de la Seguridad Social (Art. 48).

En ese contexto del nuevo orden constitucional máximo Tribunal Constitucional en Sentencia C-655 de 2003, considero que la “Seguridad Social” a la que pertenece la salud es:

“El conjunto de medidas institucionales dirigidas a proteger al individuo y a sus familias de las consecuencias nocivas que generan los distintos riesgos sociales a que se encuentran expuestos, y cuya ocurrencia puede afectar en forma significativa su capacidad y oportunidad de proveer los recursos necesarios en orden a garantizar una subsistencia digna. Su objetivo es propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia

pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la invalidez, el desempleo, el sub- empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad, y la vejez, y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad.”

La consagración constitucional y la categoría e importancia de la seguridad social en el nuevo marco constitucional, ha permitido que se susciten grandes reformas en el sistema, no obstante ya antes de la reforma magna y como preámbulo del nuevo escenario, se habían hecho reformas laborales como la de la ley 50 de 1990, que flexibilizaron las relaciones obrero patronales, que ampliaron algunas coberturas prestacionales y que crearon el sistema privado de Administración de las Cesantías y de Pensiones mediante la ley 45 de 1990; así mismo, se extendieron los mecanismo proteccionistas sindicales, pero a la vez, se reestructuró y reorganizó el Estado con la supresión, fusión de entidades y el retiro masivo de funcionarios públicos, bajo modalidades de indemnización (*ley 60 de 1990, Decreto 1160 de 1991*). Lo anterior, luego fue elevado a rango constitucional de forma momentánea (*Art. 20 Transitorio C.N.*) y aprovechado por el gobierno de turno para que mediante Decreto 2148 de 1992 se reestructurar el Instituto de Seguros Sociales, La caja Nacional de Previsión (*Decreto 2147 de 1992*), Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (*Decreto 2145 de 1992*), Ministerio de Salud (*Decreto 2164 de 1992*), el SENA (*Decreto 2149 de 1992*) y

otras muchas entidades públicas, con miras al saneamiento del sistema de la seguridad social siempre afectada por la crisis financiera y rótulos de corrupción que destruyen el sistema.

Ahora bien, el nuevo orden constitucional trajo consigo la necesidad que erigir un sistema de seguridad social para lograr los fines constitucionales, fue así como se expidió el pilar fundamental del Sistema Integral de la Seguridad Social que aún nos regenta, como lo fue la LEY 100 DE 1993, que incluyó a) Sistema General de Pensiones *-sistema dual conformado por un régimen solidario de prima media con prestación definida y un régimen de ahorro individual con solidaridad-*; b) Sistema General de Seguridad Social en Salud – *régimen contributivo (cotizaciones) y régimen subsidiado-* y c) Sistema General de Riesgos Profesionales - *sistema técnico de aseguramiento-*, caracterizados todos por la dirección y control estatal; por la participación en la gestión por ambos sectores, el público y el privado; obligatoriedad de la afiliación, Protección principal de la población asalariada formal y financiamiento por medio de cotizaciones.

Por otra parte, en lo que respecta de forma concreta al Sistema General de Seguridad Social en Salud que creó la ley 100 de 1993, tenemos que fue amplio el ámbito de las estructuraciones del sistema, en tal sentido, se creó un plan integral de protección a la salud en el que la cobertura buscaba amparar en la promoción, prevención, diagnóstico tratamiento y rehabilitación a todas las personas sin importar sus ingresos o riesgos específicos, para cuyo evento el sistema indica como

obligatoria la afiliación de todos los colombianos, mediante el pago de una cotización por parte de los trabajadores dependientes o independientes, con sus respectivas familia, o de forma subsidiada administrados por los las denominadas Administradores de Regímenes Subsidiados ARS en tratándose de personas sin capacidad económica, ello en el plano de la afiliación y financiamiento, pero ya en el plano de la prestación asistencias que cobija el régimen se crearon las Entidades Promotoras de Salud EPS, cuya misión dentro del régimen sería la afiliación, recaudo y garantía del acceso al plan de servicios, pero que para la prestación de servicios de la salud debían acudir a Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) ya de carácter oficiales, mixtas privadas, o solidarias, y no se puede pasar por alto que dio vida dicha ley a las Empresas Sociales del Estado como medio para brindar con el cumplimiento de los principios que lo orientan el servicio – derecho de la salud y posibilitando formas asociativas para la prestación del servicio ya con entes públicos o personas privadas pero que en todo caso dieran dinamismo eficacia y eficiencia al servicio esencial que implica la salud, y para esa perspectiva de competitividad y de dinámicos prestacional dotó a las relaciones jurídicas contractuales de los prestadores del servicio público de salud (*ESE y sus asociados*) de un régimen jurídico mixto, que circunda entre el derecho público y el privado como mecanismo expedito en sentir del legislador dinamizar el sector y hacerlo competitivo, eficiente y eficaz lejano de las exigencias contractuales de la ley de la contratación estatal ordinaria, pero en todo caso con herramientas protectoras que permitieran la exigencia en el cumplimiento de las relaciones contractuales con ese sector especial del Estado dada la importancia y esencia del servicio a prestar, de allí el fundamento de la aplicación de los principios constitucionales y legales y de

las denominadas cláusulas excepcionales propias del sistema de contratación pública que se posibilitaron sin desnaturalizar el régimen privado y que serán analizadas más adelante.

En ese sentido en el profesor TORRES CORREDOR (2003) identifica como características principales de ese sistema general de seguridad social en salud las siguientes: *“Separación de la prestación, administración y financiamiento del servicio. ...Estímulo a la cobertura universal. ...Otorgamiento de un plan integral. Sustitución de la asistencia pública. ...Creación de un fondo para régimen subsidiado.”*³⁵

Ahora bien, ya en el nuevo escenario constitucional y legal de la seguridad social se ha ido moldeando la estructura y el mantenimiento del sistema, habida cuenta el gran costo presupuestal que implica el costo social del sistema, he allí que su hubieren amoldado algunas exigencias constitucionales y legales a la viabilidad del sistema estructurado, encontrado así modificaciones al sistema de salud como el acto Legislativo N°1 de 2002 y la ley 1715 del mismo año, que rediseñaron la financiación del régimen subsidiado a través de las modificaciones pertinentes al sistema de transferencia de los entes territoriales, de igual forma encontramos que se creó mediante la ley 789 de 2002 el sistema de protección social con miras a lograr la cobertura de los más desprotegidos del sistema general; en el ámbito pensional se expidió la Ley 797 de 2002 que introdujo variaciones notables en el sistema de

³⁵ TORRES Corredor, Hernando, (Comp.). (2003). *Sistema de Seguridad Social “Salud”* Legislación. Bogotá Colombia: 2ª edición. Universidad Nacional de Colombia.

pensiones, verbigracia, en el cálculo y los subsidios del sistema de pensiones. De igual forma se crearon mecanismos de control para evitar la evasión de las afiliaciones y cotizaciones. Así mismo se ensayaron medios constitucionales (referendo) para lograr reformas pensionales radicales que no lograron pasar el escollo del análisis de constitucionalidad (*sentencia C-551 de 2003*), no obstante, se insistió por la vía de la reforma del legislador a la constitución nacional, logrando parcialmente sus frutos el proyecto de acto reformativo con el acto legislativo N°1 de 2005 el cual trajo consigo la terminación de los regímenes especiales de pensión, el aumento de las edades y en fin todos una serie de modificaciones altamente cuestionados por los sectores laborales del país.

Por otra parte, como ha sido la constante del sistema es de sus orígenes precarios, la financiación nuevamente entre en el escenario estatal, ya que el régimen subsidiado del sector se torna insostenible, motivando la expedición de la ley 1122 de 2007, mediante la cual se introdujo una reforma al sistema contributivo del sistema de salud, para poder solventar el funcionamiento del régimen subsidiado; de paso se opta por remplazar el sector salud manejado por el seguro Social, creando a prima facie un proceso de escisión de las clínicas y transformación en Empresas Sociales del Estado para darle paso a una nueva promotora de salud y desahogar el sector público de salud asumido por este ente que en sentir del Estado era improductivo e inviable financieramente.

Ese modo de improvisación estatal respecto del mal que de antaño aqueja al Sistema de Seguridad Social en Salud, a la fecha no ha variado mucho, al punto que para el año 2009 nuevamente surgió la crisis del sector por lo que ya ha hecho carrera, “INSOSTENIBILIDAD FINANCIERA”, y el gobierno nacional mediante Decreto Legislativo N° 4975 de 2009 del 23 de diciembre de 2009 declaró el Estado de Emergencia Social en todo el Territorio Nacional, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la fecha de esta declaratoria, dado *“Que por ende, el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable”* y ello lo argumento en que a) existía un aumento desmesurado en los gastos del sistema, b) que los ingresos del mismo resultaban insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, c) que el Sistema debía propender por ser sostenible en lo que se había respecto de la universalización y cobertura; d) que la crisis financiera del sector proyectaba riesgos de cierre de hospitales públicos, quiebra de IPS y EPS³⁶ “ inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de

36 Tal como bien lo afirma nuestra columnista NATALIA OSPINA VELEZ, en su publicación del periódico Medellín el día 8 de Julio de 2010. “...Muchos todavía nos confundimos con esa cantidad de siglas que en ocasiones le juegan malas pasadas a la memoria: EPS, IPS, POS... eso parece un acróstico de nunca acabar, de esos que se hacían eternos en nuestras épocas de colegio. Y aunque este texto no pretende ser una tabla de salvación para ustedes, señores lectores, sí tiene como intención proveerlos de una serie de píldoras que faciliten el manejo de los servicios de salud a los que usted y su familia estén afiliados.

¿Qué es una EPS? Simplemente significa Entidad Promotora de Salud y es la encargada de promover la afiliación al sistema de seguridad social. Aquí no hay servicio médico, solo administrativo y comercial. Como es conocido por la mayoría, pertenecer a una EPS se logra a través del departamento de gestión humana de

pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional; y por tanto era necesario la implementación de esa situación de emergencia para *“adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente des financiación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud”* no obstante, las argumentaciones fundantes de tal declaratoria de estado excepcional fue declarada inexequible por nuestro máximo órgano de control constitucional en ejercicio de la facultad magna lo cual hizo en sentencia C- 252 del 16 de abril de 2010 con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio bajo las siguientes consideraciones propias del ejercicio de dicha facultad que no son otras que verificación del cumplimiento de los requisitos tanto formales como materiales del decreto declaratorio del estado de emergencia social y en esa tónica encontró la Corte que no trataba de hechos sobrevinientes y extraordinarios, ya que no era repentina la supuesta crisis social en salud, no era situación coyuntural, sino que eran deficiencias

la empresa en la que trabaje o para los independientes, por medio de la visita directa a las diferentes entidades que prestan este servicio en la ciudad o el lugar donde viva. Sin embargo, en el momento de la afiliación, hay un detalle que algunos aún desconocen y otros que lo olvidan. "Cuando se hace la afiliación, la persona tiene derecho a urgencias durante las cuatro primeras semanas, es decir, el primer mes. A partir del segundo mes, ya tiene derecho a pedir las citas médicas", señaló Piedad Correa Giraldo, directora comercial regional noroccidental de Coomeva. Otro aspecto importante que debe considerarse a la hora de la afiliación es el ingreso de los beneficiarios a la EPS. Según Correa, la afiliación de las familias es automático. "El formulario le exige llenar todos los requisitos para que la familia quede afiliada. El sistema contempla como grupo familiar a todos los hijos del cotizante y su cónyuge. A su vez, el sistema permite que si yo tengo hijos de otra relación y tengo un nuevo matrimonio con hijos, a todos los puedo afiliar". **Y las IPS...** Estas son las Instituciones Prestadoras de Servicios. Es decir, todos los centros, clínicas y hospitales donde se prestan los servicios médicos, bien sea de urgencia o de consulta."

estructurales, recurrentes y de antaño propias del diseño, organización, funcionamiento y sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que ello debíase enmendar por medio de las herramientas jurídicas ordinarias y necesarias para enfrentar la problemática que expuso el Gobierno dentro del marco de la normalidad institucional y en respeto al principio democrático, tendientes a estructurar un sistema que garantizara la prestación y goce efectivo del servicio público - derecho a la salud, en un marco financiero sostenible a corto, mediano y largo plazo, que además prevea los fondos de reserva necesarios para periodos de crisis, sin dejar de lado que las argumentaciones temáticas que soportaban la declaratoria del estado excepcional tienen una normatividad ordinaria que los regulan y que como tal están blindados no solo en lo que a los órganos de regulación y de control se refieren, también, en la eficacia y facilidad reglamentaria que posibilitan tales como potestades de expedir prontamente resoluciones o actos dirigidos a corregir o prevenir distorsiones y efectos nocivos.

Por otra parte, la Corte rechazó los argumentos del gobierno nacional en torno a la supuesta ampliación infinita de beneficios que en sentir del ejecutivo propició y trajo consigo la sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 con ponencia del magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinos, puesto que dicho fallo judicial no fue sino el resultado del cumulo de situaciones que constituyeron por decirlo de alguna manera un Estado de Cosas inconstitucionales que abocaron al Juez constitucional en sede de revisión a acumular todos esos eventos en los que el derecho fundamental a la salud era vulnerados de forma reiterada y casi que uniforme por parte de los prestadores de la

salud, de allí la necesaria misión de proteger el derecho a la salud por su amenaza o vulneración como problemas recurrentes, del pasado y de orden estructural y conocidos por el gobierno nacional como lo son los relativos al suministro de medicamentos y tratamientos no POS, motivo por el cual era un despropósito que fueren invocados por el Gobierno como hechos de carácter sobreviniente y extraordinarios que justificaran el estado excepcional; esto es, para la corte no hay lugar a dudas de que en la prevalencia de la normalidad institucional el gobierno nacional debía utilizar las normas ordinarias dado que las mismas existen y que la supuesta crisis financiera que justificaba el gobierno no es nueva es de antaño y hunde sus raíces en el mal estructurado sistema, lo cual exige la imperiosa intervención legislativa y gubernamental en el marco de la normalidad del Estado; no obstante la inexequibilidad de la emergencia social decretada, la corte dejó con vigencia algunos decretos con fuerza de Legislativos de la emergencia social (*Decretos del 126 a 135 de Enero 21 de 2010*) mediante los cuales el gobierno nacional modificó normas relacionadas con el manejo de los recursos del sector Salud buscando así aliviar la crisis que ese sector estaba enfrentando de antaño y que no habían sido podido solucionar ni con la Ley 1122 de 2007³⁷, y los fundamentos de tal decisión fueron:

“Esta Corporación no puede ignorar las graves consecuencias, socialmente injustas y notoriamente opuestas a los valores, principios y derechos

³⁷ Plan Nacional de Salud Pública.

constitucionales, que se derivarían de la abrupta e inmediata pérdida de vigencia de todas las medidas expedidas en uso de las facultades de excepción.

El conceder un plazo adicional de vigencia a algunos decretos de desarrollo persigue equilibrar en parte y así sea a corto plazo, las finanzas del sistema de salud para garantizar la prestación adecuada y oportuna del servicio. Tiempo que permitirá un mayor espacio al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a efectos de tramitar con la mayor prontitud posible las medidas legislativas y reglamentarias necesarias que busquen estabilizar definitiva e integralmente las distintas problemáticas que enfrenta el sistema.

Así, en cumplimiento de su misión de ser un conciliador del derecho positivo con los dictados de la equidad propios de una situación concreta, se dispondrá que los efectos de la presente sentencia se difieran respecto de las normas contenidas en decretos legislativos que establezcan fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud.”³⁸

Por lo anterior, y en esa dinámica estatal el gobierno Nacional acudió a las vías ordinarias para solventar la crisis de la salud entre ella acudiendo las labores prioritarias del Congreso de la República para legislara en la materia, lo cual surtió sus

38 Corte Constitucional Colombiana. sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 con ponencia del magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinos

frutos con la expedición de leyes como la N° 1393 del 12 de julio de 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 re direccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”* y se pretende con el Proyecto de Ley Ordinara 210 de 2013 aprobado recientemente, en el cual se busca cumplir las directrices constitucionales de dar una estructura que se convierta en garante, al sistema de prestación de salud en Colombia solventando las deficiencias de antaño y cuyo objetivo es disminuir los obstáculos de acceso a servicios, mejorar la calidad y Continuidad del servicio y trascendentalmente reducir la intermediación financiera en el sector y brindar de transparencia y confianza la prestación garantizando una mejor regulación y supervisión, lo cual nuevamente se proyecta como una de las tantas soluciones esperadas de antaño para el sector salud, pero que no ha pasado de ser coyunturales soluciones y que como viene claro es medular o estructural.

Capítulo tercero.

Régimen de las empresas sociales del estado

3.1. Constitución y Reglamentación de las Empresas Sociales Del Estado En Colombia

Se ha venido estudiando en este trabajo como el proceso evolutivo de la salud en el orden interno constitucional y como se ha ido moldeando y aparejando ese concepto a las exigencias internacionales al punto de pasar de ser una labor casi que caritativa del Estado en el siglo pasado a una obligación esencial, al punto de que la categorización dada por el constituyente primario a nuestro país en su Carta Magna (artículo 1º) de Estado Social de Derecho y erigir la solidaridad y prevalencia del interés general como aspectos fundamentales, con llevaron a un nuevo escenario de finalidades a cargo del Estado, entre ellos el hoy catalogado doblemente como Derecho y Servicio Público de la SALUD; de allí, que sea entre tantos fines esenciales del mismo (art. 2 ibídem) encontremos los de garantizar los derechos, proteger la vida y asegurar los deberes sociales del Estado como resulta ser LA SEGURIDAD SOCIAL, mismo que incluye la salud como DERECHO – SERVICIO PÚBLICO, y así lo consagra nuestra Constitución Política en su **Artículo 48 C.N. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005**, veamos:

“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.”

Por su parte, nuestro marco constitucional ha consagrado la obligación estatal de la atención en salud de los habitantes del territorio dada la naturaleza doble que detenta derecho y servicio público, aspectos estos que robustecen la prestación de la salud en el Estado Social de Derecho establecido; en esa misma misión posibilita el cumplimiento del fin por medio de la colaboración de los particulares³⁹, pero bajo la órbita de control organizativo del Estado; para ello, es el propio constituyente el que extendió la facultad organizativa de ese sector del Estado al legislador, para que fuere este quien diseñara en ejercicio de las atribuciones del art. 150 numeral 23 las leyes que regirían el ejercicio de esa función pública y la prestación del servicio público de la salud; en el caso especial de este derecho atribuyó competencias para su prestación no solo a la Nación, sino también, a las entidades territoriales y a los particulares, pero en todo caso cumpliendo no solo las directrices establecidas constitucionalmente en los artículos 365 de la Carta magna, sino también, las específicamente señaladas por el legislador en la reglamentación de la prestación del servicio de salud, veamos:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno

³⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009.](#) .

*decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*⁴⁰

Ahora en bien, el legislador en ejercicio de las facultades constitucionales buscó establecer lo que en el año 1993 denominó Empresas Sociales del Estado, como un nuevo modelo entidad administrativa del orden descentralizado diferente totalmente de los ya conocidos de vieja data en la estructura del Estado, y en esta oportunidad lo hizo con miras a al cumplimiento de una función primordial y específica del mismo como lo era el servicio público - derecho de la seguridad social y en especial la salud, y para ello irrigó de una naturaleza, de características y especificidades propias, lo cual le daban una entidad propia y que permitiera de paso no confundirlas con los otros tipos de entidades públicas existentes, como es los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.

En desarrollo de esas facultades constitucionales las Empresas Sociales del Estado mejor conocidas como las ESE, tienen su origen legislativo primigenio en la Ley 100 de 1993, como una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, ya de creación legal, o parte de

40 Constitución Nacional Art. 365. Ed. Legis.

las Asambleas Departamentales o por los Concejos Municipales o Distritales según el ámbito de su competencia.⁴¹

Ahora bien, mediante la Ley 489 de 1998 por medio de la cual se dictaron normas *“sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”* se categorizó aún más con autonomía y existencia propia a las ESE y fue así como dispuso en su artículo 68º que las estas son entidades descentralizadas del orden nacional, y que su objeto principal es la prestación de servicios públicos con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; que no obstante esa autonomía administrativa, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas; así mismo, en su artículo 83 dispuso que :*“Las Empresas Sociales del Estado, creadas por la Nación o por entidades territoriales para la prestación en forma directa de los servicios de la salud, se sujetaran a lo previsto en la ley 100 de 1993, la ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes”*, esto, reitera que son entes descentralizados totalmente diversos de los que ya existían.

Por lo anterior, siguiendo la visión constitucional y la legal que se ha analizado por nuestro máximo Tribunal de la materia a las normas que sustentan la existencia de las ESE, podemos extraer como las principales características del régimen de estas empresas las siguientes: **A)** la creación de las ESE fue una facultad del Legislador por autorización constitucional; **B)** nacieron con la creación del sistema de seguridad social,

⁴¹Colombia, Corte Constitucional (2007, noviembre 14),” Sentencia C-953/07”, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, Bogotá D.C.

esto es, con la ley 100 de 1993; **C)** la naturaleza de las ESE está definida en el artículo 194 de la ley ibídem; **D)** el objeto de las ESE es prestar el servicio público la seguridad social - salud; **E)** son una categoría especial de entidad pública descentralizada; **F)** tienen régimen propio especial (Ley 489 de 1998) diferentes de los establecimientos públicos, y de las empresas industriales y comerciales o de economía mixta y **G)** pueden ser creadas por la Nación o por las entidades territoriales, aunque se aclara que en forma anti técnica el artículo 83 de la ley 489 de 1998 expresa que estas empresas son creadas por la nación y por las entidades territoriales, las crean la ley, las asambleas o los concejos.

De lo anterior tenemos claro que las Empresas Sociales del Estado son entidades administrativas de orden descentralizado, con naturaleza y características propias, cuyo fin primordial es la prestación del servicio de salud a cargo del mismo, creadas por la Nación o las entidades territoriales cuyo régimen especial no coincide con el de las empresas industriales y comerciales, ni con los establecimientos públicos, puesto que su objeto o fin primordial no es el desarrollo de una actividad comercial o industrial, ni administrativa, sino la prestación del servicio de público esencial de salud y en ese sentido claramente se ha pronunciado nuestro máximo tribunal Constitucional, veamos:

“las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello,

las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica”⁴²

Estando claro el origen constitucional - legal y la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, debemos tener de presente que con el nacimiento de estos nuevos entes se dejan atrás los Hospitales Públicos como forma de prestación del servicio de salud y se da origen a un nuevo régimen jurídico, por medio del cual se pretende la prestación de un mejor servicio de salud y una mayor cobertura a toda la población especialmente a la más pobre y vulnerable, a través de la mejor utilización de los recursos técnicos, materiales, humanos y financieros; entes estos que se caracterizan por tener personería jurídica, autonomía administrativa, lo cual conlleva a que las ESE sean responsables de conseguir los recursos para su operación y funcionamiento con la venta de servicios, bajo la libre competencia regulada en el mercado e igualdad de condiciones con el sector privado, regulación ejercida por el Estado en la intención de mejorar la calidad en la prestación del servicio de salud⁴³, un patrimonio propio y sometidas a un régimen jurídico que la ley estableció como régimen de contratación privado, apoyándose en los principios de CALIDAD y EFICIENCIA fundamentales con el fin de cumplir su objetivo.

⁴² Colombia, *Corte Constitucional* (2012, marzo 7) “Sentencia C-171/12”, M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C.

⁴³ Dirección Seccional de Salud de Antioquia “Manual de Inducción para los representantes de las Juntas Directivas de las ESE Hospitales”, 2001

Estas entidades fueron instituidas con el fin de orientar la prestación del servicio de seguridad social como un servicio público esencial, para así garantizar el pleno goce y ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud de toda la población colombiana; esta descentralización de los servicios de la salud no implican un olvido del Estado de sus fines sociales, ni tampoco una violación o un desconocimiento a los derechos fundamentales, ni a los principios constitucionales que orientan la prestación del mismo, por el contrario esa labor encuadra perfectamente y está limitada por los principios de un Estado Social de Derecho, que exige universalidad, equidad y redistribución del ingreso y de los beneficios, y si bien es el Estado el llamado constitucionalmente a asegurar la prestación eficaz y eficiente de este servicio a todos los habitantes del territorio nacional, enfatizando y dando rango constitucional a los principios base de la seguridad social como son el de universalidad, solidaridad y el principio de eficiencia, no es menos cierto que puede hacer uso no solo de los particulares para ese cometido sino también descentralizar el servicios para una mejor cobertura, sin olvidar que es el garante y como tal el control de la prestación.

La Constitución de 1991 señala en forma expresa en su artículo 48 *“la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio”*, no se entiende entonces que servicio público sea sinónimo de la prestación del mismo por parte del Estado, puede ser prestado perfectamente por el sector público o sector privado. Las Empresas Sociales de Estado como sea expresado anteriormente pueden ser creadas por los concejos municipales en virtud de la potestad dada por la Carta Política en su artículo

313 que reza *“Corresponde a los Concejos:... Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.”*⁴⁴ A su vez señala que le corresponde al gobierno la determinación de la estructura de la administración nacional, tal como se encuentra plasmado en su artículo 150 numeral 7º que reza: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.”* Todo esto con el fin de lograr los fines y objetivos del Estado, para con ello garantizar la prestación del servicio a toda la población, es decir una mayor cobertura, demostrando el respeto de los derechos de cada uno de los ciudadanos del mismo. De tal manera que conforme al artículo 313, numeral 6, de la Carta Política, el Concejo Municipal puede crear, a iniciativa del Alcalde establecimientos públicos; y, como ya se dijo, la Ley 489 de 1998, en su artículo 83, autoriza a las entidades territoriales la creación de Empresas Sociales del Estado.

Por su parte el artículo 194 de la ley 100 de 1993 reza:

⁴⁴Constitución Política Nacional, artículo 313 numeral 6

“La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

Estableciendo que la prestación del servicio esencial de salud, fuese prestada directamente por la Nación o por las entidades territoriales (Empresas Sociales del Estado), las cuales se regirían por un régimen especial cuyo fin primordial sería la prestación del mismo como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social, la constituyendo una categoría especial de entidad pública descentralizada con características y especificidades propias, basándose en los principios de EFICIENCIA, que es la utilización óptima de los recursos técnicos, humanos, administrativos y financieros y el de CALIDAD, que consiste en brindar atención oportuna, respetuosa y humanizada a los usuarios del servicio, utilizando los procedimientos adecuados, con el fin de mejorar las condiciones de salud de la población⁴⁵, una razón para establecer la imposibilidad de confundir las Empresas Sociales del Estado con los establecimientos públicos puesto que fueron concebidas con un objetivo específico definido por la propia ley⁴⁶, cuyo objetivo no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general sino que radica ante todo en la atención en salud, los cuales constituyen una categoría especial de entidades

⁴⁵ MANTILLA Adriana, Empresas Sociales del Estado Tesis de Grado, Universidad Sergio Arboleda, 2000

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional (2012, marzo 7) “Sentencia C-171/12”, M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C.

públicas descentralizadas, creadas por ley, las asambleas o consejos. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica.⁴⁷.

El régimen jurídico de las ESE lo encontramos establecido por la ley 100 de 1993 en su artículo 195, donde se determina que el nombre de las mismas deberá mencionar siempre *“Empresa Social del Estado”*, cuyo objeto es la prestación del servicio de salud, que se encontraran a cargo de una junta o consejo directivo, podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de la Contratación de la administración pública y de igual forma en sus diferentes reglamentaciones verbigracia el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994.

La naturaleza de las ESE se encuentra definida en artículo 194 de la ley 100 de 1993, a saber *“La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”*, estas hacen parte de la estructura de la administración, cuya

⁴⁷ Colombia, Corte Constitucional (2000, junio 8), Sentencia C-665 de 2000”, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, Bogotá D.C.

actividad se encuentra encaminada a la prestación del servicio a la población más pobre y vulnerable.

En resumen de lo anterior, tenemos claro el criterio sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, que ha sentado la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas”. Así mismo, ha explicado la naturaleza jurídica particular, la regulación especial y la competencia en cabeza del Legislador para determinar la estructura orgánica de estas entidades, en razón a que “las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica”.⁴⁸

⁴⁸ Colombia, Corte Constitucional (2012, marzo 7), Sentencia C-171/12, M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C.

3.2. Sistema Contractual De Las Empresas Sociales Del Estado Como Régimen Mixto.

Antes de ahondar en sistema de contratación de las Empresas Sociales del Estado se hace necesario tener de presente las características de las dos opciones contractuales que rigen nuestro estado jurídico, ya en el ámbito de los intereses privados o en el del interés público, para poder adentrarnos en la forma sui generis que ha erigido el legislador para las ESE, en esa tónica tenemos que el derecho privado dos definiciones respecto de lo que es un contrato; en materia civil se encuentra definido en el artículo 1495 del Código Civil como “*contrato o convención: acto por medio del cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*”⁴⁹ generando una conclusión equivocada, puesto que el contrato va encaminado a generar obligaciones, mientras que la convención puede no solo genera obligaciones, sino también, modificar o extinguir obligaciones ya creadas, por lo tanto se deduce que “*la convención es el género y el contrato la especie*”; por su parte, en el ámbito del derecho comercial se define en el artículo 864 del Código de Comercio el contrato como “*...un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial*” definición que en conocimiento de autores del área, como el maestro JOSE IGNACIO NARVAEZ: “*este precepto acoge la concepción contractual estricta y establece una nítida separación entre convención y contrato. En verdad, aquella es el género, comprensivo de todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico. El contrato a su turno, es la especie, entendido como el acuerdo de voluntades de dos o más partes*

⁴⁹Legis, Código Civil, título IV, artículo 1495

*encaminado a crear obligaciones patrimoniales, modificarlas o extinguirlas, dentro de un marco de reglas que disciplinan su conducta en las reciprocas relaciones*⁵⁰. Muy a pesar de las dos definiciones que traen las diferentes áreas del conocimiento jurídico, es innegables que se desprenden características o elementos básicos del concepto de contrato, como son: A) acuerdo de voluntades; B) celebrado entre dos o más personas y C) con el fin de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Por otra parte es necesario tener de presente que todo contrato está compuesto por elementos de su esencia, sin los cuales el contrato no produce efecto alguno, a saber: 1) elementos de la naturaleza que son aquellos que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerles, sin ninguna cláusula y 2) los accidentales entendiéndose por tales aquellos que se le agregan por cláusulas especiales. En ese tópico tenemos que para que exista un contrato las partes deben ser capaces, existir el consentimiento, objeto y causa, a falta de uno de estos requisitos el contrato no existiría, pero además para que un contrato goza de plena validez, es necesario que quienes lo celebran deben tener capacidad legal es decir, las personas (*naturales como jurídicas*), que celebran los contratos puedan obligarse por sí mismo y sin la autorización de otra, es decir, no se encuentre inmerso en ninguna de las incapacidades que establece el código civil, un consentimiento libre de vicios (error, fuerza, dolo), objeto y causa lícita acompañado de las formalidades exigidas por ley.

⁵⁰SOLANO, Sierra, Jairo E., Contracción Administrativa, leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, 4ª Edición Actualizada, ediciones doctrina y ley Ltda. Pág., 39.

Ahora bien, ya en el plano de los intereses públicos el legislador erigió los inicios de la contratación estatal con la expedición de los Decretos-Leyes 1670 de 1975 luego derogado con el 150 de 1976; marcando así el proceso normativo sobre la materia en nuestro país, en 1983 con el Decreto-ley 222 de 1983 que deroga el Decreto 150 de 1976, dando origen a los principios de unilateralidad, extensión de la cláusula de caducidad administrativa y la tipología de los contratos públicos; no obstante con la promulgación de la Constitución de 1991 y la expedición de la ley 80 de 1993 se propendió por la unificación de las normas de contratación, estableciendo así los principios básicos que regirían toda relación contractual entre los que se destacan los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva del contratista⁵¹, con miras al logro de los fines del Estado, veamos:

“De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya

⁵¹ Jairo E. Solano Sierra, Contracción Administrativa, leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, 4ª Edición Actualizada, ediciones doctrina y ley Ltda. Pág., 72

protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”⁵²

Bajo esa óptica la ley 80 de 1993, determinó las reglas generales de los contratos Estatales, por medio de los cuales se busca mejorar las necesidades insatisfechas de la comunidad y para ello se acogen en la contratación estatal principios similares a los de la contratación privada como son los de autonomía de la voluntad y el de consensualidad de las partes, pero dado el interés general y público de esas relaciones jurídicas, posibilita limitantes y mecanismo protectores de la relación en favor del interés Estatal, entre ellas las denominadas CLAUSULAS EXCEPCIONALES al derecho común para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas y en ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado de vieja data, veamos:

“La doctrina es muy amplia en clasificar las atribuciones excepcionales que ejerce la Administración Pública para hacer efectiva la lex contractus con sujeción estricta a las condiciones de tiempo, modo y lugar. De ahí que el legislador ordene a las entidades estatales el ejercicio de especiales competencias consistentes en la dirección general y la responsabilidad para ejercer el control y vigilancia en la ejecución del contrato (art. 14). La Administración como titular del imperium del Estado y gestora del interés público no se despoja ni renuncia a sus funciones administrativas para garantizar la

⁵²Ley 80 de 1993 art. 3°

prestación del servicio o la ejecución de los contratos en forma regular, continua y eficiente”⁵³

El estatuto de la contratación pública, las consagra en su artículo 14 y va más allá del proteccionismo escrito al punto de que las da por plasmadas aun no estando escritas en el contrato, veamos:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1°....

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos....

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.”

⁵³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (2000, diciembre 14), Actor: MINISTRO DEL INTERIOR. Radicación número: 1293, C.P. Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA Bogotá, D.C.)

Es clara la finalidad de esas potestades excepcionales en favor del ente estatal, como es el de evitar que las discrepancias contractuales afectación o paralícen de forma grave el objeto contractual o el servicio a cargo del contratista, pero no pueden ser la aplicación arbitraria, de allí que si existe la concertación previa o se logra acuerdo en cuanto a las discrepancias contractuales no tiene operancia y mucho menos pueden ser ejercidas sobre aspectos no discentidos, por lo que tiene como limitante las materias sobre las cuales tengan discordancia las partes y en esa tónica ha sido sentada de vieja data la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por otra parte en ese desarrollo legislativo y tomando como premisa las definiciones del derecho privado y asignándole las particularidades del ámbito público, el Estatuto de Contratación Pública del año 1993 definió en su artículo 32 el contrato estatal como: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*, es decir, incluye dentro del ámbito de entidades contratantes a la Nación, los Departamentos, los Municipios, los Distritos especiales; los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las Entidades Descentralizadas Indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, tal es el caso de las Empresas Sociales del Estado de creación de la Ley 100 de 1993 que a su vez asignó el régimen de contratación

privada a estos últimos entes, pero con la posibilidad de inclusión de cláusulas exorbitantes propias de la contratación estatal, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad; además de ello dio tal carácter de estatales a contratos en particular tales como Consultoría, Obra, Prestación de Servicios, Contrato de Concesión, Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública; sin embargo, hay quienes solucionan el régimen de contratación de las ESE con el argumento de que como quiera que el estatuto general de contratación de la administración pública, ley 80 de 1993, se publicó el 28 de octubre del mismo año en el Diario oficial N° 41.094, no era posible que previera dentro de las entidades estatales sujetas a su reglamentación a las empresas sociales del Estado, creadas por la ley 100, y como tal someten el régimen contractual de las ESE al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100 (*publicada el 23 de diciembre de 1993 - Diario Oficial N° 41.148*), esto es, al privado y solo para efectos de la aplicación discrecional de las cláusulas exorbitantes se aplica el estatuto de la contratación pública.

Con posterioridad al estatuto de la contratación del año 1993, se han promulgado diferentes herramientas jurídicas con miras a introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 entre ellas ley 1150 de 2007 se buscó la aplicación de principios de planeación, transparencia, responsabilidad y economía, pero que en nada varió la estructura y concepción del contrato estatal y menos aún las cláusulas de protección y favorabilidad que se pueden plasmar en ellos como son las excepcionales, lo que hace que los contratos estatales además de reunir los requisitos de ley, posean un elemento por medio del cual se quebranta el principio de libertad contractual basado

en la autonomía de la voluntad y el de la igualdad contractual, propios del derecho civil⁵⁴, pero esto con el fin de lograr la satisfacción de interés general. Como se ve, con el objetivo de cumplir lo establecido en el contrato y cumplir así los fines del mismo, se estipulan las cláusulas exorbitantes hoy día *excepcionales al derecho común*, que vienen a ser estipulaciones cuyo objetivo es conferir a las partes derechos u obligaciones ájenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales.⁵⁵

Las cláusulas excepcionales se dictan a través de actos administrativos motivados que en busca la protección de los bienes del Estado, frente a situaciones contractuales que la entidad concretamente avizora frente a una relación contractual estatal y que derivan en la imposibilidad de cumplimiento del mismo, o la parálisis o el incumplimiento de la ejecución aplicando para ellos: *la caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral y cláusula de reversión según sea el caso.* .

3.3. Ventajas y Desventajas de Las Garantías Del Servicio Público de Salud en las Empresas sociales del Estado en Colombia.

⁵⁴ Juan Ángel Palacio Hincapié, la Contratación de las Entidades Estatales 6ª 2010, Librería Jurídica Sánchez Ltda. Pág. 373

⁵⁵ Georges Vedel, Derecho Administrativo, Aguilar, Pág. 205

Dada la complejidad que implica la prestación de servicios de salud, las entidades sociales del Estado encargadas de la misión de prestador el servicio público requieren para su ejercicio y cometido social la celebración de actos jurídicos vinculantes, por lo que el mismo estatuto que las erigió como misioneras de la prestación del servicio de salud, las autorizó para contratar con la celeridad que brinda la contratación privada; así tenemos que Artículo 195 de la ley 100 de 1993 estableció el Régimen jurídico en el numeral 6º de la norma ibídem *“En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”*, de donde se evidencia que muy a pesar de responder dicho servicio a intereses generales y públicos, la actividad contractual que celebran para la observancia de su objeto social se someten al régimen privado de contratación, esto es, a la normatividad civil y/o comercial, más no al Estatuto General de la Contratación; en ese sentido lo consideran autores como Dávila Vinueza (2003) al decir: *“En consecuencia, la actividad contractual de las Empresas Sociales del Estado a las que aluden las citadas normas, no están sometidas en todo a la ley 80 de 1993, pese a su evidente naturaleza de entidades públicas, ya que expresamente la ley determinó que esa materia se rige por el derecho privado”*⁵⁶.

56 DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. (2003). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal “Aproximación crítica a la ley 80 de 1993”. Bogotá Colombia: 2ª edición, Legis Editores S.A.

Se nos hace necesario verificar las denominadas en aquel momento histórico como cláusulas exorbitantes que posibilitó la ley 100 de 1993 en los contratos privados de las ESE y las hoy llamadas excepcionales que consagra nuestra estatuto de contratación estatal, esto es, *la caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral y cláusula de reversión* y poder así verificar la amalgama jurídica hecha por el legislador, para cuyo evento analizaremos las más drásticas como potestades estatales, esto es, las dos primeras; en esa tónica tenemos que el artículo 18 de la ley 80 de 1993 define la caducidad como “*la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre*”, lo cual evidencia que este tipo de consagración resuelve o da por terminado el contrato anticipadamente de forma unilateralmente, ante un evidente incumplimiento que afecte de manera grave la ejecución del contrato, es la más drástica de las cláusulas pues no solo genera la terminación del vínculo, sino al pago de indemnizaciones, generando inhabilitación para contratar con el Estado por cinco años, a menos que el monto de la cláusula penal pecuniaria sea suficiente para indemnizar perjuicios; por su parte, el artículo 17 de la ley ibídem establece la Terminación unilateral en unos eventos, a saber: “*1) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; 2) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; 3) por interdicción judicial o*

declaración de quiebra del contratista y 4) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato...”, facultad estatal que permite a la entidad contratante terminar el contrato cuando con posterioridad al perfeccionamiento y ante la sobrevenida de una de las situaciones planteadas; ya en el plano de la interpretación unilateral (artículo 15. ibídem) y la modificación unilateral (artículo 16 ibídem) es al tenor de algunos autores más facultades propias de la revisión del contrato al punto que se mira como opción el mutuo acuerdo contratante.

En el análisis de la consagración normativa de la ley 100 de 1993 en su artículo 195 numeral 6° en lo que respecta a la materia contractual de las ESE, es claro que se regenta por el derecho privado por la misma connotación del servicio que prestan que requiere en el mayor de los eventos para su funcionamiento celeridad en los procesos de contratación sin más dinámica que la propia de una relación contractual privada, sin procedimiento y convocatoria largas y llenas de obstáculos procedimentales, pero sin embargo en aras del cumplimiento eficaz del objeto contratado se brindó la facultad discrecional de utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que hemos venido analizando, es decir, se estableció como regla general de contratación de las ESE las normas del derecho comercial o civil, pero a contrario sensu de ese dinamismo se discrecionó la inclusión de cláusulas de contratación pública que en un momento dado desnaturalizan los principios que ilustran el derecho privado, ya que de la naturaleza jurídica de ese tipo

de cláusulas en el escenario privado, cercenan el equilibrio de partes contratantes y otorgan prerrogativas ventajosas al contratante ya que estas fueron creadas como mecanismos eficaces que contribuyen a la adecuada realización de los fines del Estado- contratante y de paso velan y protegen el interés general y prevaleciendo sobre el interés particular.

Continuando con el análisis de las ventajas y desventajas de dicho sistema, es necesario que no solo se examinen los aspectos con respecto al régimen aplicable, sino también se centren en las desventajas que venían con el sistema anterior. Para ello, la CEPAL en un estudio en donde analiza los aspectos económicos con respecto a los ciudadanos, manifiesta “...El sistema de salud que operaba en Colombia en 1993 era calificado de inequitativo tanto en términos de aseguramiento, como en términos de acceso a los servicios, financiamiento y asignación de los recursos. En efecto, de acuerdo a datos de la encuesta nacional de hogares adelantada en septiembre de 1992, cerca del 45% de la población colombiana urbana y el 80% de la población rural no estaba protegida por ningún sistema de aseguramiento (Molina, Giedion,1993) y dependía de los servicios prestados por las entidades públicas de salud o por el sistema “informal” y privado de salud. Así mismo, en 1992, el 12% de las hospitalizaciones y el 20% de las cirugías adelantadas en el sector público, que debían dirigirse principalmente a la población más pobre, fueron recibidas por pacientes pertenecientes al 20% más rico de la población⁵⁷.

57 ABEL, Arbeláez y Giedion. Evolución de la equidad en el Sistema Colombiano de Salud. Unidad de estudios especiales. CEPAL. Santiago de Chile, Mayo de 2001.

Por otro lado, un reciente estudio realizado en 336 hospitales públicos en Colombia, evidencio que solo uno de cada veinticinco hospitales experimentó un desempeño eficiente y productivo, mientras uno de cada tres evidenció lo contrario. Por regiones, los hospitales de las zonas Central y Caribe fueron los más ineficientes e improductivos. Además, contribuyeron con dos terceras partes de la disminución de la productividad general OROZCO GALLO (2014).

Es de allí que no era dable que una persona aun cuando estaba incluida en un sistema no tuviese las garantías establecidas de manera tangible para acceder a los tratamientos y a todo lo que conlleva no solo tener los servicios primarios sino también el acceso a los medicamentos. Estas distintas concepciones que responden a las distintas críticas con respecto a la seguridad social en Colombia, las analizan como el objetivo en donde se puede concebir el cambio global LONDOÑO (1998), como: "la integración referida a cada uno de los componentes esenciales de los sistemas de salud, a saber, las poblaciones y las instituciones". Varios autores coinciden en que es necesario tener un pensamiento sistémico y global para solucionar la crisis del sistema de salud ESLAV, FRANCO, FERNANDEZ (1999). Estudio que no soporto la entrada en vigencia de la nueva normatividad, tal como lo analizan autores como YEPES (1999) "la Salud Pública es la gran damnificada de la descentralización, reforma previa a la ley 100 de 1993, porque no se hizo la transición" YEPES (1999) Analizado por el Ministerio de Salud cuando presento la iniciativa a la reforma de dicha ley 100 de 1993, respondiendo a la necesidad de su análisis y la puesta en marcha cinco años después de su aplicación, en donde varios actores serían los invitados entre

los que se tienen GONZÁLEZ (1999) y LONDOÑO (1999), entre las que se detectaron los problemas y dificultades para hacer la conversión del subsidio a la oferta al subsidio a la demanda, no afiliación del sector informal, desigualdades regionales en la asignación de recursos, poco control de la elusión y la evasión y otros más FRANCO (2000), contenidos en varias publicaciones del Ministerio de Salud que se tradujeron en solo letra muerta.

Continuando con lo manifestado por la CEPAL "...En términos de financiamiento también existían grandes inequidades; por ejemplo, mientras que el gasto privado promedio en salud representaba, para el 20% más rico de la población 1.4% de sus ingresos, esta proporción era más de 5 veces superior entre el 20% más pobre de la población (7.5%). Ahora bien, la inequidad no sólo existía entre pobres y ricos sino también en términos geográficos. La inequidad en la distribución geográfica de los recursos de salud ha sido mencionada en estudios anteriores tanto para el período pre reforma (Molina, Giedion 1993 y Giedion, López, 1996) como después de la reforma (Giedion, López, 1996). En consecuencia, uno de los principales argumentos en los que se sustentó la necesidad de reformar el sistema de salud, fue la necesidad de buscar un sistema más equitativo tanto en el financiamiento como en la prestación de los servicios de salud; en este sentido, se creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante la Ley 100 de 1993. Hoy, seis años después, algunos sectores de la opinión nacional están cuestionando profundamente los beneficios obtenidos por la reforma y se habla de una crisis general del sector, lo que contrasta con la reciente calificación de la Organización Mundial de la Salud sobre el sistema colombiano, como

el de mejores resultados en Latinoamérica (WHO, 2000)⁵⁸. Esto es definitivamente cierto y grave, por cuanto a la fecha actual aun continua sin mayores variaciones.

Ahora bien, hay circunstancias que deben ser clarificadas, a saber:

a) La ley 80 de 1993, en su artículo 2° denomina que entidades estatales están sujetas a la aplicación de la ley de contratación pública y a prima facie las ESE siendo descentralizadas lo estaría, pero es claro que este tipo de entidades fueron de creación especial por parte de la ley 100 de 1993 por lo que su naturaleza es especial y su régimen aún el de contratación de igual forma lo es, de allí que sus contratos se regentan por el derecho comercial o civil, pero si la entidad discrecionalmente establece una de estas cláusulas, ese simple hecho no desnaturaliza el régimen de ley aplicable, siguen siendo de derecho privado ilustrándose solo de las normas administrativas en lo concerniente a la cláusula estipulada y así lo ha dicho de vieja data el consejo de Estado quien en Sala de Consulta y Servicios civiles reiteró esta posición doctrinaria vertida en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998:

"Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas

⁵⁸ Es pertinente aclarar que dentro de los tres componentes del indicador global de desempeño utilizado por la OMS, el sistema colombiano fue clasificado como el número uno en imparcialidad en el financiamiento (lo cual se midió fundamentalmente en función del gasto de los hogares en salud); en los otros dos componentes, Colombia se ubicó en la posición 74 (logro en salud) y 82

(sensibilidad a las expectativas de las personas); esto implica que el componente de financiamiento tuvo un peso importante sobre el resultado global del indicador. Para una crítica al Informe Mundial de la Salud 2000, véase Navarro (2.000).

excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993.

Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". (Resalta la Sala).

B) La ley de contratación pública estipula que aun no estando consagradas expresamente las cláusulas excepcionales en el contrato, estas se entienden pactadas, lo cual no aplica en tratándose de contrataciones de las ESE, toda vez que en la ley 100 de 1993 se dio vida a estas y se consagró de forma especial su régimen general de contratación de derecho privado y de forma excepcional - discrecional la aplicación de cláusulas de naturaleza administrativa, de tal forma que si no se hace uso de la facultad no se entienden pactadas, y así lo han entendido estudiosos del tema, veamos:

"El carácter excepcional de la regulación, se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas⁷, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente.

Por lo demás, dicha discrecionalidad encuentra su fundamento en la multiplicidad de objetos contractuales que pueden incidir o no en la prestación del servicio público, circunstancia que la administración deberá tener presente al momento de determinar si incluye o no las cláusulas excepcionales”⁵⁹

C) Los contratos nominados en la ley de contratación pública como contratos estatales, eventos en los cuales aún y cuando sean celebrados por una ESE siguen su naturaleza jurídica y su régimen público de contratación (Ley 80 de 1993), verbigracia 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.

Generalmente las ESE se rigen por las normas del derecho comercial o civil, sin embargo, estas pueden optar por incluir discrecionalmente en los distintos contratos celebrados las cláusulas exorbitantes se regirán por ley 80 de 1993, es decir, por normas de contratación estatal y sus controversias serán dirimidas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no obstante, cuando se celebren 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

⁵⁹SCOTT, David; OROZCO, Julio y OLIVARES, Fánika (Estudio de Factibilidad Técnica y Económico para la Toma en Operación de la ESE Hospital “Ana María Rodríguez”-Conceptos Generales sobre Empresas Sociales del Estado),

contratos de derecho público que disponen de regulación especial; ello no significa que los administradores y encargados de la contratación en las ESE, no deban dar cumplimiento a los preceptos de los artículo 209 (*principio de la función administrativa*) de la Constitución, Art. 2° (*objeto de la actuación administrativa*) y 3° (*principios de la actuación administrativa*) del CPACA.

3.3. Eficacia de las empresas sociales del estado en Colombia. Ámbito General.

El nuevo escenario constitucional no solo asignó al Estado la obligación prestacional de la salud como Derecho y como Servicio Público, sino también, exigió eficiencia en la prestación y para ello posibilitó la prestación en forma directa o indirecta por medio de los particulares, pero bajo su órbita de control, es esto lo que se denomina dentro del sector salud como Tercerización.

Ahora bien, este fenómeno prestacional o de colaboración al sector salud no es nuevo en nuestro país, ya que el complejo funcionamiento de los servicios de salud imposibilitaban desde la década de los ochenta que los entes públicos concentraran todas las actividades del sector en cabeza del ente público, ya en el funcionamiento administrativo o en la prestación de servicios de salud específica hablando, eso por una parte; por la otra, el modelo prestacional de salud de aquella época tenía un colapso

económico que redundaba en la sostenibilidad del sector, surgiendo un andamiaje empresarial dispuesto a sostener el sistema a cambio de unas comisiones o retribuciones; por último, tenemos que la crisis del sector se agudizó no solo por lo económico, sino por el nivel de corrupción y desidia administrativa que conllevaron a abusos de parte de los empleados y personal administrativo, teniéndose que acudir a la contratación de ciertos servicios en operadores externos o internos que responderían por la nómina, el suministro de insumos, medicamentos y la producción de los servicios, configurando verdaderos procesos de tercerización en el sector salud y así lo sostienen estudiosos del tema como el consultor en salud profesor Julio Mario Orozco Africano, veamos:

“Los procesos de tercerización de servicios en los hospitales públicos en Colombia no son un fenómeno nuevo. Desde la década de los 80 los hospitales empezaron a tercerizar algunos de los servicios generales como vigilancia, aseo, mantenimiento, restaurante, cafetería, etc.; hacia la década de los 90, por múltiples razones que agudizaron su iliquidez (flujo lento de recursos del sistema de salud, corrupción, intromisión política y burocratización, entre otros), las empresas sociales del Estado comenzaron a tercerizar los servicios misionales, comenzando por los de apoyo diagnóstico y terapéutico hasta llegar a los de cuidados intensivos y otros servicios de hospitalización y urgencias”.⁶⁰

Las motivaciones que justificaron la generalización de los procesos de tercerización de servicios en el sector salud, conllevaron a la reglamentación de los mismos con

⁶⁰OROZCO, julio (El Marco Normativo para Operadores Externos de Empresas Sociales del Estado)

miras a brindarle un marco y soporte jurídico, de allí que en el año 2004 con presidencia del Dr. Álvaro Uribe Vélez se expidiera el Decreto 536 del 24 de febrero, en el cual mediante su artículo 1° se facultó a las ESE para A) contratar con terceros ; B) celebrar convenios con entidades públicas o privadas; o C) a través de operadores externos con miras al cumplimiento de su función prestacional del servicio público de salud, veamos:

Artículo 1°. Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.

Buena fue la intención del ejecutivo que regularizar la tercerización en el sector salud, no obstante, por yerros de motivación del decreto el mismo fue declarado nulo por el Consejo de Estado por falsa motivación⁶¹, eso es, fue más por la fundamentación que motivó la expedición del mismo que por el contenido, esto es, las posibilidades de tercerizar asignada a las ESE, ya que se consideró que no se estaba reglamentado el artículo 192 de la Ley 100 de 1993; respecto de la tercerización no existía unidad de materia y el fallo dejó abierta la legalidad de este tipo de sistema prestacional en el sector salud y la realidad del mecanismo, de allí que la Superintendencia Nacional de Salud expidiera la Circular Externa N° 067 (del 27 de diciembre de 2010), misma que respaldó los procesos de tercerización y estableció

⁶¹Colombia, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa (2010, agosto 19). , proceso N° 2004-115 01, C.P. Dr. Rafael Ostao de la Font Pianeta, Bogotá, D.C.

parámetros claros para la viabilidad determinando en ella dos aspectos fundamentales:

1) Asociación o Alianzas Estratégicas para la Prestación de Servicios de Salud, para la Oferta y Contratación Conjunta de Servicios de Salud, dentro de las cuales encontramos Consorcios o Uniones Temporales de seis tipo a saber: **a)** para la complementación de servicios de salud; **b)** para la complementación de la capacidad de oferta instalada de servicios; **c)** en prestadores de servicios de salud de una misma complejidad, para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de una misma complejidad; **d)** en prestadores de servicios de salud de diferente complejidad, para la conformación de una red local o regional de servicios de salud de diferente complejidad; **e)** para sistemas de contratación, adquisiciones y compras; y **f)** unión temporal o consorcio de prestadores de servicios de salud abierta o cerrada; y **2) Asociación con un Tercero, o Contratación de un Tercero, para la Oferta de Servicios de Salud de los Prestadores de Servicios de Salud,** por medio de : Outsourcing, Tercerización o Externalización para la Prestación de Servicios de Salud ya para **a)** Habilitación de los Servicios de Salud Suministrados por Outsourcing, Tercerización o Externalización o **b)** Servicios Directos y Servicios Tercerizados o Externalizados.

Dado el poco andamiaje jurídico que solventaba este fenómeno real de la tercerización, el legislador mediante la ley 1438 de 2011, sentó piso jurídico al fenómeno en los siguientes términos: *“Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de*

garantía en calidad”, pero los alcances de dicha ley fueron morigerados por nuestro máximo Tribunal Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, al declararla constitucional condicionada, bajo el argumento que violaba la prohibición constitucional de contratar funciones propias de las entidades estatales mediante prestación de servicios y vulneraba el derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los fines de la administración pública situación que contrariaba el precedente de la Sentencia C-614 del 2009 que clarificó que el uso del contrato de prestación de servicios en las entidades públicas es excepcional; así mismo contrariaba las directrices (circular) del Ministerio de Trabajo estableciendo medidas necesarias para eliminar las nóminas paralelas en el Estado, dijo la corte al respecto:

“en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este artículo a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados”⁶² (resaltado nuestro)

En aras del dinamismo propio que exige la prestación del servicio de salud nuestro legislador ha posibilitado legislativamente modalidades de alianzas estratégicas para que las Empresas Sociales en ese sentido del Estado operen sus servicios en asocio con otras personas jurídicas así tenemos mediante la Ley 489 de 1998 ha consagrado:

1) *Convenios Interadministrativos de asociación con entidades públicas (artículo 95*

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-171.

ibídem) de un mayor nivel de complejidad y 2) *Convenios de asociación con entidades privadas (artículo 96 ibídem), para directamente o creando una persona jurídica se operar el servicio, en todo caso bajo el control, la vigilancia y la orientación de autoridad o entidad pública titular de la función.*; ahora bajo la egida del régimen de derecho privado que estableció el legislador en la creación de las ESE bien pueden estas entidades públicas tercerizar al amparo de las normas del código civil en esa tónica pueden celebrar **a) Contratos de mandato**⁶³*(Administración Delegada), delegando la operación de los procesos de prestación de servicios, procesos administrativos y financieros y b) Contratos de prestación de servicios y contratos especiales de arrendamiento, como mecanismos que tercerizar servicios en particular.*

Como se ha venido analizando la tercerización de la prestación del servicio de la salud se hizo históricamente necesaria, y hoy es una realidad que conjuga con el ejercicio de libertad económica y libre competencia, para poder brindar no solo cobertura, sino también, calidad ⁶⁴; no obstante que la Constitución Nacional estableció que si bien es el Estado quien debe dirigir, coordinar, y controlar la prestación del servicio de Salud de todos los habitantes del territorio, también pueden los particulares participar en la prestación de este servicio. En este sentido la Corte indicó en la sentencia C-252 de 2010, son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud y “(...) que se dirige a superar la tensión entre el *interés privado* existente en el seno de las empresas y el *interés general* involucrado en tal actividad, máxime cuando se está ante la prestación de un servicio básico para la

⁶³ Código Civil Colombiano, Artículos 2142 y s.s.

⁶⁴Corte Constitucional, Sentencia C-197/12.

sociedad que propende por el derecho irrenunciable a la salud que tienen todos los habitantes. Ahora bien, esa protección estatal no se centra solo en la prestación del servicio de salud, sino también, en el personal encargado de llevar a cabo la misma, como es el caso de los médicos, enfermeras, entre otros funcionarios, puesto que como se ha venido sosteniendo en un Estado Social de Derecho como el nuestro, tiene la obligación de velar no solo por la prestación del servicio de salud sino también por su eficiencias y en esa medida por el cumplimiento de los derechos laborales de quienes prestan sus servicios a estas entidades, no solo para que se no presenten violaciones a estos derechos, sino también, para guarnecer los propios intereses estatales y evitar así detrimentos patrimoniales; y es que frente a una deficiente prestación del servicio de salud o frente a infracciones a los derechos laborales de las personas que se encuentran vinculadas a las ESE, quien debe responder en ultimas es el Estado pues a través de las ESE este brinda la prestación de un Servicio Público esencial.

El personal que presta sus servicios en las ESE pueden estar vinculados a través de una relación laboral ordinaria o un contractual ordinaria con el Estado, formas de contratación totalmente distintas y no pueden confundirse ni asimilarse entre sí, puesto que cada una presenta una finalidad distinta, como bien es sabido una de las formas de contratación es la prestación de servicios, por medio de la cual las entidades estatales con el fin de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, celebran con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de la planta o requieran conocimientos

especializados; mientras que el contrato laboral, para que exista deben concurrir los tres elementos de este que son la actividad personal del trabajador, una continuada subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio.

De tal forma que no se pueden desconocer las disposiciones constitucionales, legales y la jurisprudencia constitucional al respecto, ni desconocer los principios que rigen tales contrataciones la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados.

La responsabilidad profesional en el sector salud, hoy día es materia de debate, más cuando se suscita en las ESE, puesto que se involucra uno de los intereses fundamentales como es el derecho prestacional y servicio público de salud el cual debe ser no solo oportuna y sino también, de calidad, idóneo, y con responsabilidad jurídica (*profesional, administrativa, civil, penal y ética*), esto es, en condiciones de respeto y dignidad, por parte de las instituciones, médicos y en general para cualquier persona relacionada con la prestación de servicios de salud (*médicos, enfermeras, administrativos, auxiliares, y las propias instituciones*)

El concepto “responsabilidad” viene del vocablo latino “respondere” que se traduce en la obligación de responder de alguna cosa o por alguna persona⁶⁵; en nuestro evento, la responsabilidad puede derivar de actos negligentes (*incumplimiento de elementales principios inherentes al arte, profesión, función técnica*); por impericia (*falta de conocimientos técnicos –lex artis- básicos e necesarios que se deben tener en un arte o profesión*); por imprudencia (*afrontando un riesgo sin tomar las debidas precauciones para evitarlo*), y el incumplimiento de normas (*sanitarias, administrativas, fiscales, civiles, penales, éticas o disciplinarias*) que se deben respetar tanto en el ejercicio profesional personal, como en la prestación de servicios de salud en nombre de las ESE, habida cuenta la vinculación jurídica con estas; en esa tónica hablamos de:

A) Responsabilidad Administrativa, la cual surge al realizarse la actividad profesional y prestacional por parte del personal profesional y en general del personal de la ESE incumpliendo las obligaciones establecidas en ley general de la Salud, sus Decretos reglamentarios y demás disposiciones que regulan la forma y condiciones en que la Prestación de servicio de salud debe darse en esos centros, con independencia que se cause o no un daño en la salud del paciente (*en este último evento existiría una responsabilidad indemnizatoria del Estado y del profesional que lo hubiere causado*); con llevando estos incumplimientos a sanciones no solo contra las ESE, sino también, en contra del personal involucrado que tengan el carácter de servidores públicos, sin perjuicio de las responsabilidades personales disciplinariamente hablando, sanciones que pueden consistir en la destitución y/o inhabilitación para volver a desempeñar un cargo público; **B) Responsabilidad Patrimonial**, la cual supone la existencia de un daño (patrimonial o moral) por la prestación del servicio profesional de forma inadecuada o la

⁶⁵Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, XXI edición, tomo II, pág.1784

mala práctica del servicio, es del caso resaltar que con ocasión del régimen del Código Civil Colombiano (art.2341), le asiste responsabilidad patrimonial personal a la persona que causo el daño y como tal esta está llamada a repararlos siempre que ese daño sea consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación o del deber jurídico que le asiste de conformidad con su vínculo con la ESE; sin embargo, de ese deber profesional lesivo se deriva responsabilidad patrimonial por falla del servicio de salud en ente estatal fundamentado en el artículo 90 de la CN, sin importar si lo es legal reglamentario o contractual el vínculo de la persona que lo causo, toda vez que lo relevante es que es una prestación publica a cargo de la ESE, por mandato constitucional y legal y esa deficiente o nula prestación del servicio no necesita causar daño a la salud de los usuario para ser constitutiva de responsabilidad estatal, basta con que afecte el derecho a una prestación eficiente del servicio; así se ha sostenido por nuestro máximo Tribunal administrativo veamos: *“La falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos....,todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. ... “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (iii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar..... y (iii) actos extra médicos, que están constituidos por los*

servicios de hostelería,... en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico, en tanto permite establecer la cobertura del concepto “responsabilidad médica”.”⁶⁶

C) Responsabilidad Penal, misma que se deriva del comportar humano de aquellos que de alguna forma (*contractual o legal reglamentaria*) están vinculados a las ESE, y en ese actuar incurren comportamientos descritos por el legislador en el (*código penal ley 599 de 2000, ley 1474 de 2011*) como conductas delictivas, ya que se ejecute esa acción en forma dolosa (intencional) o culposa (*imprudente, negligente imperita o con violación de la lex artis, o de los protocolos establecidos para los procedimiento de salud*), este tipo de responsabilidad si tienen imputación personal y se proyecta sobre el bien jurídico que se vulnere en caso que sea sobre los usuarios podrían ser la vida (homicidio), la salud (lesiones personales), etc. , en tanto recaigan sobre los bienes de las ESE, podrían ser delitos contra la administración pública (peculados u otros) siendo la persona servidora pública, o contra el patrimonio siendo contratistas; y por ultimo **D) Responsabilidad ética o Disciplinaria**, ya en el escenario netamente profesional de la persona que presta sus servicios a las ESE debemos tener de presente aspectos tales como: **1)** si la persona es un profesional con título reconocido como tal por el Estado, en cuyo evento le asiste en su ejercicio la obligación de responder por el incumplimiento de los códigos deontológicos (éticos) y los dictados de su conciencia en ese ejercicio, verbigracia, los médicos por lo normado en la Ley 23 de 1981

⁶⁶Colombia, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección B(2011, abril 27).Proceso N°(20502), C.P. Dra.Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C

(por lo cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica) y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981, instrumentos que les señala cuáles son sus deberes y sus derechos; desafortunadamente, en este país para las EPS, IPS y ARS, los usuarios se han convertido en “clientes” y en muchos casos⁶⁷, sólo se tiene en cuenta el ingreso de recursos sin importar la calidad del servicio de salud que se pueda ofrecer según el manejo que requiera el paciente, teniendo entonces una fundamentalidad procesal pero sólo de orden formal (ALEXY, Robert, 2003). en caso contrario, se sujetaran a las normas laborales internas; **2)** pero también debe tenerse de presente, sin son contratistas prestadores del servicio o es personal vinculado en calidad de servidor público, ya que en el primero de los eventos, no estarían sujetos al régimen disciplinario que establece el estatuto único disciplinario (ley 734 de 2002) para todos los servidores públicos, y solo en la medida en que ese contratista ejerza funciones públicas sería sujeto disciplinable como cualquier servidor público de conformidad con artículo 44 del Estatuto Anticorrupción (ley 1474 de 2011) veamos: *“No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”*

3.4. Competencia de la resolución de los conflictos jurídicos de las Empresas Sociales del Estado en Colombia.

⁶⁷ REVISTA PRINCIPIA IURIS No.14, 2010-2. La Salud en Colombia ¿Cuestión de vida o de derecho? Fray Érico Juan Macchi Céspedes, Fecha de recepción: 17-09-10, Fecha de aprobación: 05-11-10.

La competencia de las autoridades judiciales tiene su origen en la Constitución Política y/o en la ley, y en ese sentido la Jurisdicción Contencioso Administrativo está fundada en el Título VIII, Capítulo III, Art. 237 de la CN. y desarrolladas en el Decreto N° 1 del 2 de enero de 1984 vigente como CPACA hasta el día 2 de julio de 2012 (*rigiendo solo en algunos eventos*) hasta cuando entro a regir la Ley 1437 de 2011 nuevo CPACA, para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que ejercen funciones propias de los distintos órganos del Estado; sin embargo, no son todas las actividades de los entes las sometidas a este régimen, solo aquellas que están vinculadas a la función administrativa indistintamente que correspondan al Estado o a los particulares, pero con ejercicio de dicha función, eso por una parte, por la otra, tenemos claro que como hemos venido analizando de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el régimen jurídico de la Empresas Sociales del Estado es especial, ya que no obstante ser de origen netamente público, tienen una naturaleza mixta que implica que en dado momento se rija no solo por normas de orden público (*verbigracia: la situación de sus empleados “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”*), sino también, por el derecho privado como se indica en la norma en mención de que “*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.*”; así las cosas, tenemos que en materia contractual celebrada por las ESE se presentan dos situaciones que asignan la competencia de sus conflictos a dos jurisdicciones diferentes a saber: a) cualquiera que

sea la naturaleza de los contratos celebrados bajo la normatividad y los principios y preceptos que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social, la jurisdicción será la ordinaria, de conformidad con la ley 712 de 2001 (Código Procesal Laboral); y b) Los contratos celebrados de conformidad con principios y preceptos distantes del Sistema Integral de Seguridad Social, serán de competencia de la Jurisdicción contencioso administrativo como lo norma el artículo 82 y el numeral 5° del artículo 132⁶⁸ del Decreto N° 1 del 2 de enero de 1984 (antiguo CPACA) este último modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 38⁶⁹ y 83⁷⁰ de la ley 489 de 1998; situación que hoy día frente a la nueva normatividad Contenciosa administrativa es mucho más clara al tenor de los artículos 1° y 104 de la Ley 1437 de 2011 y con conforme al criterio de que el artículo 2° numeral 4 de la ley 712 de 2001, asigna competencia a la jurisdicción ordinaria laboral en relación a los conflictos suscitados entre los afiliados, beneficiarios o usurarios, y empleadores con las entidades administradoras o prestadoras del servicio de salud, ya que concebirlo de otra forma, implicaría que todos los conflictos cuyo origen tenga alguna relación con el sistema de seguridad social integral serían ventilados ante la jurisdicción ordinaria y ello contravienen la lógica ya que dentro del sistema de salud, las ESE se ven

⁶⁸“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: “5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”

⁶⁹“INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:2. Del Sector descentralizado por servicios: ...d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”

⁷⁰“EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

inmersas en diferentes formas de relación jurídicas ya de hechos, actividades o contrataciones en diferentes materias que pertenecen al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, como serían los casos de procesos de reparación directa, controversias contractuales etc..

La primera etapa inicia con la Constitución Política de 1886 hasta el año 1964. Durante este período todos los contratos celebrados por la administración se regían por el derecho privado, siendo sometidos a la jurisdicción ordinaria. El profesor Carlos Rodríguez⁷¹, al referirse al tema, cita la Sentencia 12 de abril de 1935 de la Sala de Negocios Generales de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la cual se afirmaba: *“La Nación, al contratar, queda sometida a las prescripciones del Derecho Común que gobiernan los contratos, siendo una de ellas las del art. 1602 del Código Civil”*, empero, no existía claridad sobre la procedencia de la justicia arbitral en estos asuntos.

En forma abstracta, podría pensarse, ante la asimilación de los regímenes normativos, la procedencia del arbitraje debería resultar indiscutible, pues la aplicación del régimen privado no conocía restricciones. Sin embargo, bajo la consideración de que en la contratación estatal prevalece el interés general, podría pensarse que se excluye el arbitramento, pues son los jueces los guardianes de la misma.

⁷¹Rodríguez Santos. Carlos Manuel. *Manual de derecho administrativo*. El Profesional 2da edición actualizada. Bogotá. 1998. Pág. 106.

Frente a esta situación fue necesario expedir la Ley 4ª de 1964, en la que se amplió la necesidad del acceso a los tribunales de arbitramento con aquellos conflictos originados de un contrato con el Estado, es así como esta ley permite la procedencia del arbitraje en los contratos de las entidades públicas.

El Consejo de Estado frente al tema y tratando la cláusula de caducidad y la cláusula compromisoria, y a pesar que la Ley 4ª amplió de forma general la procedencia, afirmó que no comprendía las cláusulas excepcionales, lo anterior lo manifiesta en providencia del 5 de septiembre de 1968⁷²:

"Es evidente que a la cláusula compromisoria no se le puede dar el alcance de que ella hace negatoria la cláusula de caducidad, porque esto equivaldría a haber prohibido en el contrato la caducidad "en forma general", o a haber renunciado implícitamente a la facultad de declararla. En la contraposición de las dos cláusulas es natural que prime la de caducidad, y que en cuanto a la compromisoria, ésta debe entenderse aplicada, cuando más, a aquellas materias no incluidas en la primera por mandato de la Ley o por voluntad del Gobierno."

Y es que debe tenerse en cuenta que con la Ley 53 de 1909 se habían emitido normas especiales en materia de contratación estatal, consagrando la Cláusula de

72 Consejo de Estado. Sala de consulta del servicio civil. Septiembre 5 de 1968.

caducidad en los contratos de gobierno, aspectos éstos que debían escapar al conocimiento de la justicia arbitral.

La segunda etapa es importante porque con el Decreto 528 de 1964 se establece la dualidad de los contratos estatales, en contratos privados de la administración y contratos administrativos, estos últimos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativo⁷³. Sobre este tema el Consejo de Estado⁷⁴ ha manifestado:

“El decreto ley 528 de 1964 asignó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado, por un departamento, un municipio, una intendencia o una comisaría (literal a art. 30 y literal b art.32).”

En sentencia C- 1436 la Corte Constitucional⁷⁵ sobre el tema expresa:

“Sin embargo, en boga la teoría francesa del servicio público y con ésta, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, se hicieron grandes esfuerzos para modificar la legislación, a fin de que las controversias surgidas con ocasión de los contratos denominados administrativos, que no eran otros que aquellos en donde se pactaba la cláusula de caducidad, fueran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa. Así, el Decreto-Ley 528 de 1964, en relación con los denominados contratos administrativos, asignó a la jurisdicción contenciosa

73Rodríguez Santos, Carlos Manuel. *Manual de derecho administrativo*. 2da Ed. Bogotá. Ed. XXX 1998. Pág. 106. (primero la ciudad y después la editorial)

74 Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 2000. Cons. Pon. María Elena Giraldo.

75 Corte Constitucional. Sentencia 1436 de 2000. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

administrativa la competencia para conocer de las divergencias surgidas en torno a éstos, en oposición a los denominados contratos privados de la administración, frente a los cuales, la justicia ordinaria quedó facultada para dirimir cualquier conflicto. Posteriormente, esta distinción quedó consagrada expresamente= en el decreto 222 de 1993, en donde se estatuyó la competencia del contencioso administrativo para conocer únicamente de los conflictos surgidos frente a los contratos administrativos.”

Posteriormente el artículo 36 del Decreto⁷⁶ 3130 de 1968, vino a ratificar la misma idea respecto de los contratos de las entidades descentralizadas⁷⁷.

La tercera etapa en términos de Carlos Manuel Rodríguez Santos inicia con la expedición del Decreto Ley 222 de 1983, que como se trató anteriormente, en él se dan los primeros asomos sobre el arbitraje, se definen los contratos administrativos, a través de un listado que enunciaba de manera taxativa los contratos que tenían esta condición.

Por último es de total relevancia tener de presente que el ámbito de competencia de la jurisdicción ordinaria o de la contenciosa administrativa, en tratándose de relaciones jurídicas de las ESE, lo importante no es que el régimen de contratación de las

⁷⁶ el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

⁷⁷Rodríguez, R., Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá. Temis. 1996. Pág. 314.

mencionadas entidades sea el de derecho privado, tal y como lo establece el artículo 195 de la ley 100 de 1993, por cuanto ello solo implica la normatividad aplicable al asunto sometido a una de esas jurisdicciones a fin de que atienda el conocimiento de los conflictos o litigios derivados de dichos negocios jurídicos; lo verdaderamente importante para determinar la jurisdicción y competencia de esos asunto es la determinación de si el contrato celebrado por la Empresa Social del Estado se enmarca o no dentro de los postulados del artículo 2 de la ley 712 de 2001, esto es, verificar si se trata de una actividad generada por el Sistema Integral de Seguridad Social o no. El derecho aplicable a las relaciones jurídicas de las ESE, no determina competencia solo determina régimen sustantivo de aplicación que en uno u otro evento debe ser tenido en cuenta por el juzgador competente.

Ahora bien, en tratándose de la inclusión de cláusulas excepcionales en una relación de contratación, es claro que los parámetros de competencia son los que vienen mencionados, y la aplicación sustantiva del derecho será la privada, y en lo tocante con la nota pública que resulta ser las mencionadas clausulas, es claro que se regentan por el derecho público por ser el sentir del legislador para el cometido de la función pública que se presta y la garantía para la ejecución de lo contratado.

Conclusiones

Una vez analizado el proceso evolutivo histórico del derecho a la salud en Colombia, desde su elemental concepción asistencialista de la década de los sesenta del siglo pasado, hasta la concepción prestacional y de servicio público fundamental del nuevo modelo social de Derecho del año 1991, hemos podido percatarnos de que el Estado colombiano ha asumido su compromiso si bien no con la eficiencia que se requiere, si con los esfuerzos legislativos del caso, para garantizar el hoy derecho fundamental de la seguridad social y servicio público como lo es la salud, para que se preste cumpliendo los principios, de Eficiencia, Universalidad y Solidaridad; para ello, ha dotado al sistema de entidades administrativas de orden descentralizado y con características propias, cuyo fin primordial es la prestación del servicio de salud a cargo del mismo, denominadas Empresas Sociales del Estado, pero por sobre todo dotadas de una Naturaleza Jurídica en principio publicas pero Mixta en la realidad de su ejercicio, y que están definidas en el artículo 94 de la ley 100 de 1993 que las diferencias de otros entes de carácter y relaciones jurídicas netamente públicas.

Hemos observado que el proceso evolutivo de la salud en Colombia, se creó inicialmente como un instrumento del Sistema Nacional de Salud a la Superintendencia Nacional de Salud en 1975, para vigilar al sistema de seguridad social en salud, situación que evolutivamente se fue fortaleciendo con la descentralización del sector

público de la salud, cuando en 1990 se incluyeron dentro de la prestación de la salud conceptos como la competencia regulada para las entidades privadas, hasta llegar al nuevo escenario estructurado por la Reforma al Sistema de la Seguridad Social en Salud establecida en la Ley 100 de 1993 que regentó el nuevo modelo de la Reforma Constitucional de 1991 que elevó a la categoría de derecho fundamental y "servicio público" a la salud, desmonopolización los servicios públicos y sociales, e implementando un nuevo modelo de competencia público – privada. Dejando atrás la concepción según la cual los hospitales públicos eran dependencias del Ministerio de Salud o de las direcciones seccionales de salud o del instituto de los seguros sociales ISS y dándoles la connotación de "empresas" para participar dentro de un esquema competitivo, de acuerdo a la cobertura, la eficiencia y la calidad de sus resultados, otorgándoles personerías y autonomía administrativa, al tener autonomía financiera que haga viable la aplicación de criterios gerenciales en la gestión de esos hospitales públicos, generó que se convirtiera en un gran impacto BOSSA VILLAMIL (2013), reasignando eso sí territorialmente la responsabilidad de los mismos ya a la nación, a los Departamentos o a los Municipios, todo con miras a mejorar la forma de competir con las instituciones del sector privado en la prestación de servicios de salud, y alcanzar así altos niveles de autogestión y autofinanciación; para ello el nominador y ordenador del gasto en las ESE tiene la posibilidad de regirse en materia contractual (*aún en la contratación del personal*) por el derecho privado y de poder recurrir a cláusulas de la contratación de la administración pública en casos determinados, esto es, el legislador propició parámetros propios de una economía de mercado que permitieran la competitividad y rentabilidad en el sector prestacional de la salud, pero

que fueren coherentes con los principios propios del Estado Social de Derecho (*universalidad, solidaridad, equidad y redistribución del ingreso*), para lograr que la prestación de los servicios de seguridad social como servicio público esencial que es, se diera con las garantías necesarias para el pleno goce y ejercicio efectivo del derecho fundamental a la salud de toda la población colombiana.

En la tónica anterior, este trabajado investigativo nos ha permitido concretizar que el origen y marco de creación de las ESE ha tenido constante intervención no solo del poder Legislativo, sino también, del ejecutivo, ramas del poder público que han aunado esfuerzos a lo largo de nuestra historia jurídica evolucionando no solo el concepto de salud, sino también evolucionando la prestación del mismo ya por parte del Estado mismo o por medio de formas asociativas, pero en todo caso propiciando una eficacia, un dinamismo, y una solidez jurídica a las relaciones que de esa prestación emanan, para que dentro del marco del derecho público y administrativo brindar y blindar a las ESE de elementos organizativos y estructurales propios de las entidades estatales, y en esa tónica ejercer el control propio de este tipo de entidades del sector público, ya en el plano de la administración de recursos, del personal vinculado legal reglamentario, del respeto de los fines de la función pública, etc., lo cual obedece de forma clara a la categoría del servicio que se presta por intermedio de estas y que son fines esenciales del Estado, esto es, Derecho Fundamental, Seguridad Social y Servicio Público. Ahora bien, ya en el plano de la eficacia y eficiencia del servicio y de la dinámica del mismo se dio paso a la libre competencia y por medio de ella a la necesidad de rodear la naturaleza jurídica de esa prestación de servicios de la ESE de

un régimen contractual privado ya en la esfera de la satisfacción de las necesidades operacionales (*que requiere en el mayor de los eventos para su funcionamiento celeridad en los procesos de contratación sin más dinámica que la propia de una relación contractual privada, sin procedimiento y convocatoria largas y llenas de obstáculos procedimentales*), o en la Tercerización de los propios servicios de salud, ya con entes públicos o privados (*sin que ello implique la contratación de funciones propias de las entidades estatales mediante prestación de servicios ya que vulnera derechos fundamentales*) o en las responsabilidades de los profesionales a ellas vinculados.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, y su posterior reglamentación y, ahora, con la reciente ley 1122 del 9 de Enero del 2007, el sistema de salud en nuestro país ha dado un giro trascendental positivo que ha permitido ir generando una cobertura más generalizada a toda la población colombiana, acompañada de un direccionamiento en su proceso de control, seguimiento y administración del sistema. El proceso en términos generales ha sido visto con optimismo, sin embargo en el escenario de lo práctico aparecen las dudas, la desconfianza, el deseo del lucro por encima del deseo del servicio y, entonces, se hace necesario que sin perder el sentido crítico que debemos tener, debemos ayudarlo para su fortalecimiento, actuar conforme a los principios y hacer de él una realidad. El sistema de seguridad social en salud está en plena formación, Tiene muchas cosas pendientes por definir y ahora con la presencia de la ley 1122, surge la necesidad de esperar una nueva creciente regulación de temas.

La realidad actual en el sistema de salud, es que los usuarios y las usuarias del mismo han convertido la acción de tutela en el mecanismo real que permite al usurario o usuaria lograr que se le preste el servicio, que se le otorguen los medicamentos que no recobren lo indebido, que no le suspendan las prestaciones, en fin que lo traten tal como la ley 100 lo establece en el artículo 159 inciso primero “ se garantiza a los afiliados al sistema de seguridad social en salud, la debida organización y prestación del servicio público en salud” y esto a su vez se armoniza con el artículo 155 de la misma ley, referente a los fundamentos del servicio público. Las preguntas para hacernos son: ¿qué es lo que sucede? ¿Es un problema de ley? ¿Es falta de claridad? ¿es falta de reglamentación?, TIRADO DIAZ (2007) y se puede concluir en que no es la ausencia de normas y de reglamentaciones, lo que sucede es que a los diferentes actores del sistema se nos ha olvidado o tal vez nunca conocimos los principios que enmarcan la seguridad social en general y en particular los sistemas de seguridad social en salud. La construcción política en su artículo 22 nos habla “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. es válido cuestionarnos si desde nuestro accionar mas sencillo, lo único que no hacemos es promover paz, si el actor en el sistema desde la posición que le corresponde, cuando asume falsos egoísmos, orgullos innecesarios, cuando sobrepone lo estrictamente económico a esas sensaciones de humanidad, cuando me olvido del otro, cuando lo que tengo claro es la visión del negocio que solo debe rentar, cuando no promuevo habitabilidad humana, lejos estoy de actuar conforme a ese sentir y obviamente lo que logro es conflicto, el daño que causo y la perdida de mirada transcendente.

Como corolario de todo lo anterior, haciendo un análisis de toda la situación crítica actual económica y social del derecho a la salud en nuestro país, podemos concluir que se ha avanzado mucho debido a las múltiples acciones de tutela que se han interpuesto y ponen en marcha el aparato jurídico que conlleva a que se legisle de manera paralela a esas reglamentaciones vigentes, entre las que tenemos:

Sentencia T – 805 del 2005

DERECHO A LA SALUD DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD

“Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiere esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”¹⁶¹.

Sentencia T-350/03

La aplicación del deber de solidaridad no es absoluto. Existen situaciones en que la entidad prestadora se niega a suministrar los medios para que el paciente acceda al tratamiento, del cual depende la recuperación de su estado de salud y, a la vez, se comprueba de forma objetiva que tanto el usuario como su familia carecen de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del transporte. En estas circunstancias se abre la posibilidad que sea el Estado quien financie el traslado, bien por sí mismo o a través de las entidades que prestan el servicio público de atención en salud, ya que, de no garantizarse el traslado del paciente, se vulnerarían sus derechos fundamentales al privarlo, en la práctica, de los procedimientos requeridos, cuando de estos depende la conservación de su integridad física y el mantenimiento de la vida en condiciones dignas. ¿Quién asume la financiación del traslado del acompañante que requiere el menor de edad en sus traslados al centro asistencial para recibir la atención médica requerida?. La Sala considera que el principal obligado a esta prestación es la familia del menor con base en (i) el principio de solidaridad antes descrito, (ii) el deber que el artículo 44 Superior le impone frente a la asistencia del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, y, (iii) las previsiones sobre obligaciones alimentarias descritas en la ley; por lo que el Estado sólo estaría llamado a asumir el costo derivado del traslado del menor de forma subsidiaria, bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

Sentencia T-497/97

Esta corporación ha reiterado, que, de acuerdo con el principio de la buena fe, la Empresa Prestadora de Salud, atenderá lo referente a todas las enfermedades no incluidas en la lista de preexistencias que firma el afiliado junto con el contrato. Así, el afiliado da la seguridad a la empresa de no solicitar tratamiento por algunas enfermedades que padece al momento de firmar su contrato de afiliación; consigna los padecimientos que conoce, y no le pueden ser oponibles aquellos de los cuales no tiene noticia, máxime cuando la EPS, que es la interesada en limitar la cobertura, no efectúa un examen médico de ingreso para verificar el estado de salud del paciente.

La Constitución Política consagra la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado. Él debe organizar la prestación de estos servicios, y es así como en este momento existen leyes que contienen el esquema de funcionamiento y los límites de este sector. Las EPS son importantes factores de este proceso, pues tienen a su cargo la aplicación de los planes que deciden cubrir. No quiere decir esto que deban abarcar el costo completo de todas las intervenciones que requieren sus afiliados, pero sí que deben actuar de manera que no dejen desprotegidos los casos más graves.

Para la suscrita, está claro que en aras del cumplimiento eficaz del objeto contratado, se otorgó a las ESE la facultad discrecional para la utilización de cláusulas exorbitantes propios del derecho de la Contratación Pública - *que pareciera que contrariaran el dinamismo y los principios del derecho privado, puesto esas cláusulas*

propias del contrato publico desequilibran a las partes contratantes y otorgan prerrogativas ventajosas al contratante- pero entendemos que ellas no desnaturalizan el régimen de ley aplicable, siguen siendo de derecho privado, ilustrándose solo de las normas administrativas en lo concerniente a la cláusula estipulada, al punto, de que muy a pesar de lo normado en materia contractual estatal de que aun no estando expresamente las cláusulas excepcionales en el contrato estas se entienden pactadas, en tratándose de contrataciones de las ESE no aplica, dado que es una facultad no una obligación dentro de ese régimen privado que los rige y solo excepcionalmente se direccionan esas cláusulas por lo público y nada más que en lo tocante a ellas; sin embargo, cuanto se está frente a los contratos nominados en la ley de contratación pública como estatales sigue su naturaleza jurídica y régimen público de contratación (Ley 80 de 1993), aun siendo celebrados por las ESE, y todo ello lo entendemos como el celo propio del legislador frente al control eficaz para una adecuada realización de uno de los fines esenciales del Estado – contratante, brindando con ello protección del interés general, pero dando posibilidad al libre mercado de prestación.

La presente investigación nos ha conllevado a claras posiciones frente a que la naturaleza jurídica de la contratación de las ESE es MIXTA por cuanto el interés superior del fin esencial como lo es la salud, lleva implícito el interés superior que el Estado controla, vigila y regula a través del régimen legal público, pero la dinámica operacional y prestacional del servicio público exigen facultades propias de un libre mercado que propenda por un servicio adecuado, oportuno, eficiente y económicamente rentable, por manera que lo somete al régimen legal privado por su

permisividad y autonomía contractual, no obstante, aquel interés general conllevó a que se brindaran herramientas de eficacia en el cumplimiento de los objetos contractuales, posibilitando un híbrido con las cláusulas exorbitantes que involucran en su interpretación nuevamente el escenario de lo público; lo anterior sin dejar de lado que aún bajo la premisa de una contratación privada, las ESE se someten a todos los principios orientadores de la función pública y que ilustra la contratación pública. Como se observa todo ello tiene un efecto diáfano como lo es la mixtura de la naturaleza de la contratación de las ESE, lo que se proyecta sobre la estructura organizacional, sobre la administración de los recursos, sobre las formas de vinculación del personal sobre las responsabilidades públicas y/o privadas del personal vinculado a las ESE, según sea su relación contractual o legal reglamentaria, ya en el plano de lo indemnizatorio, disciplinario penal, etc., esto es, nos encontramos ante unas Empresas Sociales del Estado que no pueden enmarcarse dentro de la generalidad de entes públicos por su particular y especial creación y por la posibilidad según las circunstancias de aplicar normas privadas o públicas a una misma relación, o solo normas privadas o solo públicas a otras. Lo que denota una total Naturaleza Mixta por voluntad del legislador y en esa dinámica entendemos que el régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado está dado por: A) la ley 100 de 1993 que creó el sistema de seguridad social y las definió en el artículo 94; B) que tienen un objeto específico como es la prestación de los servicios de salud, como servicio público y seguridad social a cargo del Estado; C) que son una categoría especial de entidad pública descentralizada D) que son entes totalmente diferentes jurídicamente hablando de cualquier otra entidad pública, y como tal tienen una normatividad especial; E) que

pueden ser creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; F) que su creación corresponden a la libertad de configuración del Legislador en la materia, limitado por los principios constitucionales que orientan la prestación del servicio público de salud: eficiencia, eficacia, universalidad y solidaridad; G) que el régimen jurídico de las personas vinculadas a las ESE es el de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a la Ley 10 de 1990; y H) que en materia contractual se rigen por el derecho privado pero pueden discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, I) las ESE pueden contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en tanto no impliquen menoscabo laborales frente a labores permanentes y J) La competencia para dirimir las controversias que se susciten en las relaciones contractuales de las ESE. está determinada no por el régimen de derecho sustantivo aplicable, ni por la inclusión o no de cláusulas excepcionales en la contratación, sino, por la pertenencia o no al Sistema Integral de Seguridad social del asunto o controversia a ventilarse ante la justicia asignada y en esa tónica de pertenecer, corresponde a la Justicia ordinaria Laboral, de lo contrario será del resorte de la contenciosa Administrativa en todo caso bajo los efectos del derecho sustantivo que le sea aplicable ya del derecho privado o del público.

Con respecto a lo anterior, como respuesta a este mal híbrido generado por nuestros legisladores, me apoyo en las críticas que en torno al tema también realiza la columnista Patricia Vargas cuando a bien establece "... Cuando en diciembre de 1993

se promulgó la Ley 100, se anunció un cambio profundo en beneficio de la seguridad social en salud de los colombianos: ahora si, por fin, todos y cada uno, tendríamos lo que hasta ese momento era privilegio de unos pocos, es decir, atención en salud en forma equitativa y universal.

Una de las orientaciones básicas de la Ley consistía en convertir a los hospitales públicos en entes autónomos, auto costeables y eficientes, para atender a la totalidad de los colombianos segmentados en tres categorías: los del régimen contributivo, los del régimen subsidiado y los que por no estar adscritos a ninguno de los dos, se les denominó población vinculada. En el análisis realizado de manera constante por entidades de carácter internacional como la DEA por las siglas en inglés, se traduce análisis envolvente de datos, y varios analistas como se constituyó como la principal herramienta para evaluar la eficiencia de los hospitales nacionales. Algunos de estos trabajos fueron los de Peñaloza (2003), Pinzón (2003) y Toro y Mutis (2006). Los dos primeros autores encontraron que un porcentaje significativo de hospitales operaron en niveles inferiores a la frontera de producción de eficiencia, siendo los recursos por transferencias uno de sus principales causantes. Asimismo, Toro y Mutis (2006) evidenciaron que la ineficiencia presente en un alto porcentaje de hospitales públicos estaba asociada a la baja complejidad de sus servicios.⁷⁸ (traducido a atención en primer nivel o consulta externa general).

78 OROZCO GALLO, Antonio José, Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Una aproximación regional a la eficiencia y productividad de los hospitales públicos Colombianos. Ed. Banco de la Republica – Centro de Estudios Económicos Regionales. Núm. 201, Marzo 2014. Pág.2.

Este proceso, llamado de descentralización, convertiría a los hospitales públicos de carácter departamental y municipal, en Empresas Sociales del Estado -ESE-. Después de siete años de iniciada la transformación, menos del 30% de las instituciones, la han culminado en todo el territorio nacional, y en particular en entes de segundo y tercer nivel y en los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca y Caldas..”⁷⁹.

Sin embargo, tanto los centros asistenciales que aún no inician o concluyen el proceso, como los que lo finalizaron afrontan grandes dificultades, y en palabras del doctor José Darío Rojas, Presidente de la Asociación de Empresas Sociales del Estado y de los Hospitales Públicos de Antioquia, AESA⁸⁰, "están en alto riesgo de supervivencia. Incluso, muchos hospitales han reestructurado sus plantas de cargos tres, cuatro y cinco veces, y ni aun así han alcanzado su sostenibilidad económica, no porque no tengan control de costos, no porque no tengan una buena gestión, sino porque a muchos de ellos no les pagan todos los servicios y actividades en salud que desarrollan". El departamento de Antioquia ha hecho un gran esfuerzo de transformación, en dos años, ciento treinta y dos (132) de sus hospitales se transformaron en ESE y a la fecha únicamente en cinco (5) de sus municipios no se terminó el proceso. De ellos, La Pintada avanza en el trámite, en tanto que Sopetrán, Tarazá, Vigía del Fuerte y Murindó, aún no tienen clara esa transformación. El

⁷⁹ <http://www.periodicoelpulso.com.co/html/mayo01/general/general3.htm>. Publicación Mayo de 2001 No.3

⁸⁰ AESA surgió como una necesidad de agrupación y de asociación de los equipos directivos de las Empresas Sociales del Estado de Antioquia, debido al cambio sectorial por la aplicación de la ley 100 de 1993, en donde la red pública hospitalaria queda sin un soporte en todo lo que tenía que ver con el apoyo jurídico, financiero, administrativo, técnico, contable, arquitectónico, suministros financieros, transporte, sistemas de redes de transferencia, entre otros, los cuales eran asumidos por parte de la Secretaría de salud del Departamento, pero con la aplicación de la ley cada hospital debía estar preparado para enfrentarlo.

departamento de Caldas siguió el ejemplo de su vecino, y hoy más de treinta (30) de sus centros asistenciales públicos, están convertidos en Empresas Sociales del Estado.⁸¹

Con respecto a todos los aspectos con los que se pueden analizar los criterios de evaluación de la eficiencia en el sector hospitalario en Colombia, no podemos dejar a un lado, la evidencia internacional, en la cual según el estudio que hace el autor GALLO OROZCO (2014) “...también se ha encontrado un descenso de la productividad de los hospitales. Zere et al. (2001) comprobó que los hospitales de tres provincias sudafricanas experimentaron una caída de la productividad de 12,1%. Asimismo, Gannon (2008) demostró que los hospitales de menor capacidad de Irlanda fueron ligeramente improductivos entre 1995 y 1998. A su vez, Karagiannis y Velentzas (2010) hallaron un descenso de 1,2% en los hospitales públicos de Grecia, mientras Tloglego et al. (2010) encontraron una disminución de 1,5% en los hospitales de Botsuana. Es importante señalar que en estos estudios la menor productividad fue ocasionada por el descenso del cambio tecnológico...”.

Este análisis en contraste al que ha realizado nuestro Ministerio de Salud y Protección Social, en donde manifiesta “...De manera complementaria, y con el fin de posibilitar la utilización de los recursos destinados en la Ley 1608 de 2013 para el fortalecimiento de la infraestructura y la renovación tecnológica de las Empresas Sociales del Estado, se expidió la Resolución 1985 de 2012, que establece el

⁸¹ Ibídem

procedimiento que las entidades territoriales deben seguir para incluir en los planes bienales los proyectos de inversión a ser financiados con recursos dispuestos por la Ley 1608 de 2013...”⁸². Todo está considerado y no pasa nada nuevo con respecto a la implementación de los recursos y su funcionamiento, en esta evaluación por parte del estado colombiano todo marcha en la manera correcta.

Como corolario de lo anterior, mal se podría determinar una vez hecho los análisis correspondientes de los informes fiscales, de control y de todo orden que presumen la buena gestión que se viene adelantando en dichas entidades, el examen no arroja beneficios a su favor, por lo que se generara que la respuesta a esta salida de tipo económico y social que buscó salvaguardar dicho derecho, aún está muy limitada y con muchas carencias por resolver, por lo que en la respuesta a si fue efectiva y eficaz la naturaleza contractual en este ámbito, se constituye en negativa.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia (1991), Colección Códigos Básicos, Bogotá: Legis Editores S.A., (2010).

⁸² Ministerio de Salud y Protección Social. Dr. Alejandro Gaviria Uribe. Informe de actividades 2012 – 2013. Pág. 39

Código Contencioso Administrativo (1984), Colección Códigos Breves, Barranquilla, Editora Jurídica Nacional (2011).

Código Civil Colombiano, (2012), Legis Editores S.A.

Código de Comercio, (2012) Legis Editores S.A.

Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. (2010). Bogotá Colombia. 1ª edición. Legis editores S.A.

La Ley (Española) 29 de 1998, *Por la cual se regula la jurisdicción Contenciosa Administrativa*.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (1992, agosto 11), Sentencia T-484, M.P. Drs. Simón Rodríguez y Jaime Sanín Greffenstein.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (1996, junio 13), Ssentencia C-263, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana. (CCC) (1997).Sentencia T-497/97

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2000, mayo 31), Sentencia C-636, M.P. 1 M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2000, junio 8), Sentencia C-663, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2000, junio 8), Sentencia C-665, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana. (CCC) (2003). Sentencia T-350/03

Corte Constitucional Colombiana. (CCC) (2005). Sentencia T – 805 del 2005.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2007, noviembre 14), Sentencia C-953, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2007, agosto 15), Sentencia T-636, M.P. Sierra Porto, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2008, julio 31), Sentencia T-760, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2010, abril 16) Sentencia C-252, M.P. Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana (CCC) (2012, marzo 7) Sentencia C-171, M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C.

Corte Constitucional Colombiana, (CCC) (2013) Sentencia T 214 - 2013 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa

Consejo de Estado de Colombia. Sala De Consulta y Servicio Civil. (1998, Agosto 20), Radicación número: 1127, C.P. Dr. Javier Henao Hidrón, Bogotá D.C.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil (2000, abril 6), Radicación número: 1263, C.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Bogotá, D.C.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil (2000, diciembre 14), Radicación número: 1293, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza, Bogotá, D.C.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Contencioso Administrativa (2010, agosto 19), proceso N° 2004-115 01, C.P. Dr. Rafael Ostao de la Font Pianeta, Bogotá, D.C.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección B (2010, noviembre 11), Radicación número: (0092-10), C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C.

ACOSTA RUBIO, Norberto. (2008). El Derecho de la Oferta de Servicios de Salud en Colombia y Las Autoridades Administrativas en Vía Gubernativa. Bogotá Colombia: 1ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

ALEXY, Robert, (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá, D.C. Universidad Externado de Colombia.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. (2009). El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Bogotá Colombia: 2ª edición, Legis Editores S.A.

ARENAS MONSALVE. Los Riesgos de Trabajo y la Salud Ocupacional en Colombia: Régimen Legal de Los Sectores Público y Privado y Del Seguro Social. Legis.

ARIAS REY, J. L. (2010) Realizabilidad del Derecho a la salud para niños, mujeres y discapacitados por vías no jurisdiccionales (Tesis de Maestría en Derecho Público) Universidad Santo Tomás, Bogotá- Colombia.

BENAVIDES, José Luis. (2008). El Contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.

BOTERO, Catalina (2002). La acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano.

BOSSA VILLAMIL, Juan Camilo, Impacto Social y Financiero que tiene el proyecto de ley “por medio de la cual se redefine el sistema general de Seguridad Social en Salud en el manejo de los recursos de la salud de la red pública hospitalaria” 23 – Nov. – 2013. Ed. Universidad Militar Nueva Granada. Pág. 5.

BRAULIO, Mejía. (2000). Auditoría Médica para la Garantía de la Calidad en Salud, Tercera edición. Ed. ECOE Bogotá.

CASTELLANOS MI, Pinto N. (2004, 30 septiembre a 1 de Octubre). Recobros por tutela y medicamentos no POS en SGSSS. Proyecto UPC POS (PARS–MPS).

Ministerio de Protección Social. En: Encuentro Nacional de Investigación en Salud Pública. Cali. Corte Constitucional

CAÑÓN ORTEGA, Leonardo, (2007). Una Visión Integral de la Seguridad Social. Bogotá Colombia: 2ª edición Actualizada, volumen 1. Universidad Externado de Colombia.

CARRASCO, Emilio, (Coord.).(2003). Diez años del Sistema de Seguridad Social Colombiano “Evaluación y Perspectiva”. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia.

COHEN – TANUGI. L. *Le droit sans l'Etat*, Paris, Puf, 1992.

CONTRERAS BAUTISTA, Juan Darío. (2009). Derecho y Economía de la Salud en Colombia. Bogotá Colombia: 1ª Edición, Librería y Ediciones del Profesional Ltda.

CROIZIER. M. *Etat modeste, Etat moderne*, Paris, fayard, Paris, Fayard, 1987, Pág. 75.

DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. (2003). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal “Aproximación crítica a la ley 80 de 1993”. Bogotá Colombia: 2ª edición, Legis Editores S.A.

DROMI, Roberto. (1995).Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina:4ª edición actualizada. Ediciones Buenos Aires.

ESGUERRA, Puertocarrero, Juan Carlos. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Ciencias Socioeconómicas de la misma universidad, Magíster en Derecho (LL.M).

ESLAVA JC. Seguridad social en salud: reforma a la reforma. Rev. Salud pública; 1999. 1(2):105-117.

FLÓREZ J, FRANCO A, FERNÁNDEZ S, MARTÍNEZ E, CASTRO C, SUÁREZ J. Propuesta para reformar la ley 100 de 1993. Revista Facultad Nacional de Salud Pública. Medellín, Vol. 16 No. 1:65-76.

FRANCO Giraldo Álvaro. La Seguridad Social y los sistemas de salud en la reforma Colombiana. Proyecto de Ley radicados en el año 2013.

FRANCO G, Álvaro, Rev. Salud Pública. 2 (1):1-16, 2000, Seguridad Social en Colombia Estado de la Reforma.

FRENK J, Londoño JL. El costo de no reformar. Cuestión Social. México: IMSS;1998.No. 42:27.

GARCÍA VÁSQUEZ, Diego Fernando. (2010). La Responsabilidad Profesional y su Aseguramiento, Bogotá Colombia: Librería y Ediciones del Profesional Ltda.

GONZÁLEZ I. Propuestas para todos los gustos. En: Revista Vía Salud. Santafé de Bogotá; 1999. 9:34-37. 12. F

HELLER. H. Teoría del Estado, Política y Derecho. Trad. De Luis Tobio – 2da Ed. Mexico: FCE, 1998, 398 p., 21 x 14 cm cuarta impresión 2010.

KARAGIANNIS, R., y VELENTZAS, K. (2010). Productivity and quality changes in Greek public hospitals. *Operational Research*, 12(1), 69-81.

KARLSSON, C. (2008). *Hanbook of research on cluster theory*.UK: Edward Elgar.

MIRANDA TALERO, Alfonso, (1995). *El Derecho de la Seguridad Social*. Bogotá Colombia: 1ª edición. Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídica.

MONSALVE ARENAS, Gerardo. *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá. Legis, 2006.

LONDOÑO JL, Beltrán LU, Redondo H, Granados M. Opinan los actores del SGSS. En: *Revista Hospitalaria-ACHC*. Santafé de Bogotá; Octubre de 1999.2 (7):3-14.

OLANO VALDERRAMA, Carlos Alberto y OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. (2000). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas “Estado Social de Derecho”*. Bogotá Colombia: 3ª edición, Editorial Librería Profesional.

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. (2010) La Contratación de las Entidades Estatales. Bogotá Colombia: 6ª Edición, Librería Jurídica Sánchez Ltda.

SILVA - Colmenares, Julio. Descentralización y modernización del estado. Sistema Universitario de Investigaciones. Universidad Autónoma de Colombia. 1993.

SOLANO SIERRA, Jairo E. (2007). Contracción Administrativa, Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Bogotá Colombia: 4ª Edición Actualizada, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

TERNEYRE. P “L’influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs”, en AFDA, 1996, Pág. 86.

TIRADO DIAZ, Nelson, Consejo superior de la judicatura, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Sistema de Seguridad Social en Salud, ed. Grafic - impacto – Ltda. 2007.

TORRES CORREDOR, Hernando, (Comp.).(2003). Sistema de Seguridad Social “Salud” Legislación. Bogotá Colombia: 2ª edición. Universidad Nacional de Colombia.

OROZCO GALLO, Antonio José, Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Una aproximación regional a la eficiencia y productividad de los hospitales públicos Colombianos. Ed. Banco de la Republica – Centro de Estudios Económicos Regionales. Núm. 201, Marzo 2014. Pág. 2.

PEÑALOZA, M. C.. Evaluación de la Eficiencia en instituciones hospitalarias públicas y privadas con Data Envelopment Analysis (DEA). Archivos de Economía, 244. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. 2003.

PINZÓN, M. Medición de eficiencia técnica relativa en hospitales públicos de baja complejidad mediante la metodología Data Envelopment Analysis (DEA). Archivos de Economía, 245. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. 2003.

QUINCHE Manuel, (2008). Derecho Constitucional. Bogotá. Ed. Ibáñez.

SARMIENTO, A., CASTELLANOS, W., Nieto, A. C., Alonso, C. E., y Pérez, C. A. (2005). Análisis de eficiencia técnica de la red pública de prestadores de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Archivos de Economía, 298. Bogotá, Colombia: Departamento Nacional de Planeación.

TORO, E., y MUTIS, G. Medición de la eficiencia de las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas mediante técnicas multivariadas y análisis envolvente de datos. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. 2006.

TLOGLEGO, N., Nonvignon, J., Sambo, L. G., Asbu, E. Z., y Kirigia, J. M. (2010). Assessment of productivity of hospitals in Botswana: A DEA application. International Archives of Medicine, 3(27).

YEPES F. Conferencia en pre Congreso de Salud para todos y Formulación de políticas de Salud para el siglo XXI, Medellín, Facultad Nacional de Salud Pública, octubre de 1999.

YOUNES, Diego. (2006). Derecho Constitucional Colombiano. 8ª. Ed. Ibáñez. Bogotá.

ZERE, E., MCINTYRE, D., y ADDISON, T. (2001). Technical efficiency and productivity of public sector hospitals in three South African provinces. *South African Journal of Economics*, 69(2), 336-358.

Defensoría del pueblo. El derecho a la salud en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Edición Esteban Restrepo Saldarriaga, Bogotá 2003.

Defensoría del pueblo. Sistema de seguimiento y evaluación de la política pública de salud a la luz del derecho a la salud. Bogotá 2006.

Crisis en Salud. En: Revista Vía Salud. Centro de Gestión Hospitalaria. Santafé de Bogotá; 10:3-13.

Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993. Presentación del Ministro de Obras ante el Congreso, en Betancur Cuartas, *Nuevo Estatuto*, cit., p. 101. Cfr. También L.G. Dávila, "Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación

estatal”, en *Estudios de profundización en contratación estatal*, Bogotá, Cámara de Comercio y Pontificia Universidad Javeriana, 1997, Pág. 24.

Ministerio de Salud y Protección Social. Dr. Alejandro Gaviria Uribe. Informe de actividades 2012 – 2013. Pág. 39

Superintendencia Nacional de Salud. (2013). Categorización del riesgo de las ESE, vigencia 2011-2012. Bogotá.

REVISTA PRINCIPIA IURIS No.14, 2010-2. La Salud en Colombia ¿Cuestión de vida o de derecho? Fray Érico Juan Macchi Céspedes, Fecha de recepción: 17-09-10, Fecha de aprobación: 05-11-10.

Cibergrafía

HERNÁNDEZ, Mario y OBREGÓN, Diana (La organización Panamericana de la Salud y El Estado Colombiano “Cien Años De Historia”) recuperado el 8 d diciembre de 2010 de
<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/mod/resource/view.php?id=20761>.

NARANJO, Diana; RIGOL, Beatriz y SUÁREZ, Luis (Dirección Seccional de Salud de Antioquia “Manual de Inducción para los Representantes de las Juntas Directivas de las ESE Hospitales”) recuperado 7 de julio de 2013
http://www.dssa.gov.co/index.php/documentos/doc_download/275-v4

MANTILLA, Adriana (Empresas Sociales del Estado – Tesis de grado) Universidad Sergio Arboleda, recuperado el día 9 de julio de 2013 <http://www.usergioarboleda.edu.co/biblioteca/documentos/der.016.htm.>

SLIDESHARE (Normograma – Empresas Sociales del Estado), recuperado el 6 de julio de 2013, <http://es.slideshare.net/Asohosval/normograma-empresa-social-del-estado>

SCOTT, David; OROZCO, Julio y OLIVARES, Fánika (Estudio de Factibilidad Técnica y Económico para la Toma en Operación de la ESE Hospital “Ana María Rodríguez”-Conceptos Generales sobre Empresas Sociales del Estado), recuperado el 9 de julio de 2013. http://www.eumed.net/librosratis/2012a/1168/conceptos_generales_sobre_empresas_sociales_del_estado.html

TIRADO DIAZ, Nelson, Consejo superior de la judicatura, escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Sistema de Seguridad Social en Salud, ed. Grafic - impacto - Ltda

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010) recuperado el 7 de diciembre de 2010 de <http://www.who.int/publications/es/>

OROZCO AFRICANO, J. (Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia). Artículo recuperado el 8 de diciembre de 2010 de <http://www.eumed.net/libros/2008b/386/Antecedentes%20del%20Sistema%20General%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud.htm>

OROZCO, Julio (El Marco normativo para operadores externos de Empresas Sociales del Estado) recuperado 9 de julio de 2013
<http://www.consultorsalud.com/biblioteca/documentos/2011/El%20Marco%20normativo%20para%20operadores%20externos%20-%20JMO%202011.pdf>

Superintendencia Nacional de Salud. (Circular Externa 067 de 2010), recuperado 10 de
 Juliode2013http://www.supersalud.gov.co/supersalud/Archivos/Circulares_Externas/2010/C_2010_Norma_0067.pdf

VELEZ ARANGO, A. (Nuevas dimensiones del Concepto salud “El derecho a la Salud en el Estado Social de Derecho”). Artículo recuperado el 7 de diciembre de 2010.
 dehttp://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_6.pdf

www.juntadeandalucia.es/averroes/~29701428/salud/concep.htm. Organización
 Mundial de la Salud

<http://www.periodicoelpulso.com.co/html/mayo01/general/general3.htm>. Publicación
 Mayo de 2001 No.3