

# LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

Por:

**Jaminson Rivas Martínez<sup>1</sup>**

**Wilmar Enrique López Beleño<sup>2</sup>**

**Maestría en Contratación Estatal**

**Universidad de Medellín**

**2023**

## **Resumen**

Este artículo aborda la necesidad de indagar ¿Qué factores normativos, estructurales y de control contribuyen en irregularidades o debilidades en los procesos de selección de contratistas en las Empresas Sociales del Estado (ESE), que atenten contra el principio de selección objetiva?, recurriendo en su desarrollo a una investigación de enfoque cualitativa de tipo hermenéutico-jurídica, que permite realizar un análisis de eficacia de las normas jurídicas, especialmente aquellas referidas en cuatro (4) estatutos o manuales de contratación, aunado a los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales en la materia. En suma, el objetivo general que orienta este escrito académico es determinar qué factores normativos, estructurales y de control podrían incidir en irregularidades o debilidades en los procesos de selección de contratistas en la ESE, que atenten contra el principio de selección objetiva de contratistas. Asunto que permite concluir que el deber de selección objetiva como regla en la formación de los contratos estatales, exige el cumplimiento de formalidades mínimas que evite futuras nulidades, en ese sentido se hace necesario el desarrollo de un estatuto especializado de contratación para la gestión y selección de contratistas de estas entidades, lo cual es un proceso ambicioso y complejo, pero con grandes beneficios para el bienestar económico de este sector, pero que alienta a la participación plural en la contratación pública en el sector salud.

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Estudiante de Maestría en Contratación Estatal en la Universidad de Medellín, Antioquia. 2023.

<sup>2</sup> Abogado. Especialista Auditoría y Garantía de la Calidad, Especialista en Contencioso Administrativo y Contratación Estatal. Estudiante de Maestría en Contratación Estatal en la Universidad de Medellín, Antioquia. 2023.

\* Asesor: Restrepo Montoya, Camilo Andrés. Abogado, asesor, consultor y docente universitario. Magíster en Derecho Administrativo de UNAULA.

## **Palabras clave**

Contrato Estatal, Empresa Social del Estado, Estatuto, Estudios Previos, Manual de Contratación, Régimen Especial de Contratación, Selección Objetiva.

## **Abstract**

This article addresses the need to investigate what regulatory, structural and control factors contribute to irregularities or weaknesses in the contractor selection processes in State Social Enterprises (ESE), which violate the principle of objective selection? resorting in its development to a research with a qualitative approach of a hermeneutic-legal type, which allows an analysis of the effectiveness of legal norms, especially those referred to in four (4) statutes or contracting manuals, together with the doctrinal and jurisprudential background in The matter. In short, the general objective that guides this academic paper is to determine what regulatory, structural and control factors could influence irregularities or weaknesses in the ESE contractor selection processes, which violate the principle of objective selection of contractors. Matter that allows us to conclude that the duty of objective selection as a rule in the formation of state contracts, requires compliance with minimum formalities that avoid future nullities, in this sense it is necessary to develop a specialized contracting statute for the management and selection of contractors from these entities, which is an ambitious and complex process, but with great benefits for the economic well-being of this sector, but which encourages plural participation in public procurement in the health sector.

## **Key words**

State Contract, State Social Company, Statute, Previous Studies, Contracting Manual, Special Contracting Regime, Objective Selection.

## **Introducción**

Estudiar la gestión contractual de las Empresas Sociales del Estado (ESE) en sus diferentes categorizaciones, permite el abordaje contextual hermenéutico-jurídico como uno de los más sustanciales instrumentos con que cuenta el sector salud para la planeación, ejecución y cumplimiento de los fines estatales encomendados a este sector.

El presente artículo versa sobre un análisis del modelo exceptuado al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), aplicable a las ESE, sus implicaciones y efectos generados en el marco de la autonomía administrativa en la gestión contractual aplicable por estas entidades, que quiso solucionar problemas de

inmediatez para adquirir insumos, bienes o servicios del sector salud. Generando con ello una posible ruptura de las garantías y principios como la libre concurrencia, la igualdad en las condiciones, la participación plural de oferentes, la transparencia, moralidad, publicidad e igualdad, como ejes estructurantes que permiten la materialización de los principios de la descentralización administrativa de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad, evidenciables en el sistema de selección de compras públicas y de ejecución presupuestal.

Asunto que aún no encuentra un punto armónico entre el sistema público y la gestión contractual con el régimen privado, como lo es el caso de las ESE, lo que es trazable de anteriores investigaciones y sanciones disciplinarias ejecutadas por la Procuraduría General de la Nación (PGN) como ente de vigilancia y control disciplinario, publicadas en boletines 720 de 2022; y 116 y 197 del 2023, casos en los que se juzgan a exgerentes de ESE por la celebración indebida de contratos, evidenciando en estas sanciones una desatención objetiva a la facultad de autodeterminación de reglas de selección de sus proveedores de bienes y servicios, centrada en la inobservancia de los principios y deberes que encaminan las actividades de contratación pública de estas empresas, lo cual podría constituir (*per se*) en actos de desviación de poder y materializar un entrapamiento de la voluntad legislativa que impone la obligación de cumplir con la selección objetiva.

Se refiere en la historia reciente de Colombia casos de corrupción como el denunciado por el periódico (@elperiodicoEP) en abril de 2023, en el cual con nula experiencia de una empresa, de la noche a la mañana se convirtió en la outsourcing de servicios de personal de la ESE hospital Eduardo Arredondo de Valledupar, suscribiendo contratos por más de 2.400 millones de pesos, este es el caso de «La empresa Perfilando S.A.S que opera como una bolsa de empleo dentro del hospital Eduardo Arredondo Daza, la cual fue constituida el 12 de mayo de 2020. Ya en el 2021... fue favorecida aparece el número 026 para ejecutarlo en tres meses por valor de 2.406 millones de pesos» (El periódico.net, 2023).

En las instituciones de salud públicas, es común que en sus procesos de contratación el contratista sea escogido sin consideraciones de orden técnica o de experiencia, sin procesos competitivos, más que a voluntad del ordenador del gasto, se han tenido caso por ejemplo; la inhabilidad por 11 años dictada por la PGN en (2020) al gerente de la ESE Hospital General de Medellín, por violación al régimen de inhabilidades en la celebración de contrato, en cuyo caso esta entidad de control disciplinario por encontrar probado que en el periodo de ejecución del contrato entre los dos individuos, «celebraron y ejecutaron un contrato de prestación de servicios con la E.S. E, a pesar de que Cataño Peña era concejal y por ende estaba incurso en inhabilidad para contratar con entidades públicas» (El tiempo.com, 2023).

Lo anteriormente indicado, permite plantear el como pregunta problematizadora ¿Qué factores normativos, estructurales y de control podrían redundar en irregularidades o debilidades en la gestión de selección de contratistas en las ESE, que atenten contra el principio de selección objetiva?, la cuál es desarrollada desde el objetivo general para determinar qué factores normativos, estructurales y de control podrían incidir en irregularidades o debilidades en los procesos de selección de contratistas en las ESE, que atenten contra el principio de selección objetiva; y los objetivos específicos de: i) Analizar los factores normativos que permiten a las ESE utilizar normas de derecho privado para su actividad contractual. ii) Identificar en los manuales o estatutos internos de contratación de las ESE, aspectos que deriven en irregularidades o debilidades en el proceso de selección objetiva de contratistas; y iii) Evidenciar los factores de vigilancia y control que deriven en irregularidades o debilidades en el proceso de selección objetiva de contratistas.

En ese contexto se partió de la hipótesis que la autonomía de las ESE vulnera el principio de selección objetiva, genera riesgos en la gestión contractual, y deriva en potenciales perjuicios a i) los bienes jurídicos protegidos de la administración pública, como agentes pasivos de la acción, ii) a los servidores públicos de las entidades afectadas, y, iii) a los ciudadanos y usuarios del sistema de salud, por cuanto cualquier detrimento patrimonial, tiene sus efectos colaterales en la merma de la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios, circunstancias ya están presentes en varias ESE del territorio nacional que han requerido de la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), que ejerce el control, inspección y vigilancia del sector objeto de estudio, a través de medidas, que varían desde una intervención forzosa para administrar y en otras para liquidar.

En suma, este artículo se centra en un análisis integral de las regulaciones normativas y reglamentarias que sustentan el régimen especial de selección de contratistas, sus manuales y estatutos internos de contratación, y los procedimientos desarrollados por las entidades objeto de estudio, a fin de determinar o confirmar la hipótesis planteada con anterioridad.

Finalmente, este artículo permite a los investigadores confirmar la alta discrecionalidad con la que cuentan los ordenadores de gasto y/o gerentes, para realizar la gestión contractual en las instituciones de salud, que hace (casi nula) la observancia y aplicación efectiva de los deberes constitucionales y legales enmarcados en la búsqueda de una selección objetiva de contratistas.

Lo que es resultado de una distorsión a las amplias facultades que el legislador entregó a las juntas directivas para hacerse a sus propias reglas de contratación, control y vigilancia.

## **Capítulo 1: Factores normativos que permiten a las ESE utilizar sus propias reglas en la actividad contractual.**

Las ESE en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SG-SSS) comportan una clase o categoría especial de «Entidad Pública» de orden descentralizada, y las cuales se les ha permitido contar con un patrimonio propio, y disponer de autonomía administrativa y personera jurídica. Son creadas o reorganizadas en virtud de la ley, ordenanzas departamentales o acuerdos municipales, con el objeto de garantizar el servicio de salud a los afiliados y beneficiarios como un servicio público a cargo del Estado. Estas requieren autorización previa de funcionamiento la cual debe ser gestionada en el Registro Especial de Prestadores de Salud (REPS) del Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Para Benavides (2004), la vocación universal del EGCP señala:

la vocación universal del estatuto se confirma con la interpretación restrictiva que la jurisprudencia hace de las excepciones. 42. Salud y universidades públicas. El Consejo de Estado ha confirmado que ni la aplicación del derecho privado a los contratos de las empresas del sector de la salud, impuesta por la Ley 100 de 1993 (art. 195.6), ni el régimen contractual de derecho privado de las universidades públicas establecido por la Ley 30 de 1992 (art. 93) deben entenderse como excluyentes de la Ley 80 (p. 56).

Pero también, estas entidades para garantizar su operatividad dentro del territorio de su creación, tienen privilegios de participación directa que las beneficia prioritariamente la contratación que realizan las Entidades Promotoras de Salud (EPS) del régimen subsidiado en salud, conforme a los presupuestos de la Ley 1122 (2007) en su artículo 16 y el Decreto 1020 (2007) en el artículo 7 y de aquellas contrataciones que realizan ESE de orden descentralizado a nivel de distrito, municipio o departamento, para realizar “acciones en el campo de la salud pública” (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 518, 2015, art 14).

De otra parte, El Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil (1998), afirma que

esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la Ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque, al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la Ley 80, a esta regulación deberán atenerse.

Siendo de esa forma la excepción de aplicación de las reglas del EGCAP no total. En este caso Benavides (2004) niega la existencia de una regulación paralela al

enfatar en la Ley 80 (1993) y en los regímenes especiales como el establecido para el sector salud la actividad contractual de las entidades excluidas queda condicionada a ser gestionada por la regla general, así las cosas,

el concepto consagra así un criterio material atractivo según el cual el régimen jurídico no depende del carácter de la entidad, como podría entenderse a partir del texto le (sic) la Ley 100, sino del tipo de contrato. Los contratos típicamente “estatales” definidos por el artículo 32 de la Ley 80 estarían regidos por este estatuto, independientemente de la entidad que los suscriba. Un número significativo de contratos de las empresas sociales del Estado queda entonces sujeto a la Ley 80 (Benavides, 2004, p.57).

De lo antes referenciado, ha de exponerse que el régimen jurídico general de los actos de las ESE, se sujeta al aplicable a las personas de derecho público, en tanto refiere al uso de “Recursos Públicos”, y les aplica el régimen de excepciones contenido en las disposiciones legales y reglamentaria, el uso de las disposiciones de derecho civil y comercial para garantizar su objeto social, al legislador indicar que se “rigen por el derecho privado, pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes” (Ley 100, 1993, art. 195).

El régimen de gestión contractual de estas empresas se encuentra regulado en el numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993, en este precepto el legislador en su libertad configuración de las leyes, estableció que estas entidades contienen un régimen especial de contratación, y se ubican en los segmentos nacional, departamental, distrital y municipal, las cuales suman a la fecha (2023) novecientas treinta y cinco (935) entidades segregadas como nacionales (4), departamentales (222), distritales (9), y municipales (700), y ubicadas a lo largo y ancho del territorio nacional, tal como se muestra a continuación:

**Tabla 1:**

***Relación de Empresas Sociales del Estado según su categorización***

Cod.	Nombre	ESE Departamental	ESE Nacional	ESE Distrital	ESE Municipal
91	Amazonas	1			
5	Antioquia	7			116
81	Arauca	3			1
8	Atlántico	2			22
11	Bogotá D.C	1	2	7	
13	Bolívar	5		1	37
15	Boyacá	13			92
17	Caldas	14			15
18	Caquetá	5			1
85	Casanare	2			3
19	Cauca	14			5
20	Cesar	6			22
27	Chocó	1			5
23	Córdoba	5			26

Cod.	Nombre	ESE Departamental	ESE Nacional	ESE Distrital	ESE Municipal
25	Cundinamarca	35	1		17
94	Guainía				
95	Guaviare	2			
41	Huila	4			36
44	La Guajira	3			13
47	Magdalena	26		1	7
50	Meta	3			12
52	Nariño	5			63
54	Norte de Santander	10			6
86	Putumayo	9			1
63	Quindío	4			10
66	Risaralda	4			12
88	San Andrés y Providencia	1			
68	Santander	12	1		71
70	Sucre	6			21
73	Tolima	8			41
76	Valle del cauca	8			45
97	Vaupés	2			
99	Vichada	1			
<b>TOTALES</b>		<b>222</b>	<b>4</b>	<b>9</b>	<b>700</b>

**Fuente:** REPS – Minsalud y protección social (2023).

Consecuentemente, la Ley 1150 (2011) dispone que el deber de selección objetiva conlleva a que,

se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes (art. 5).

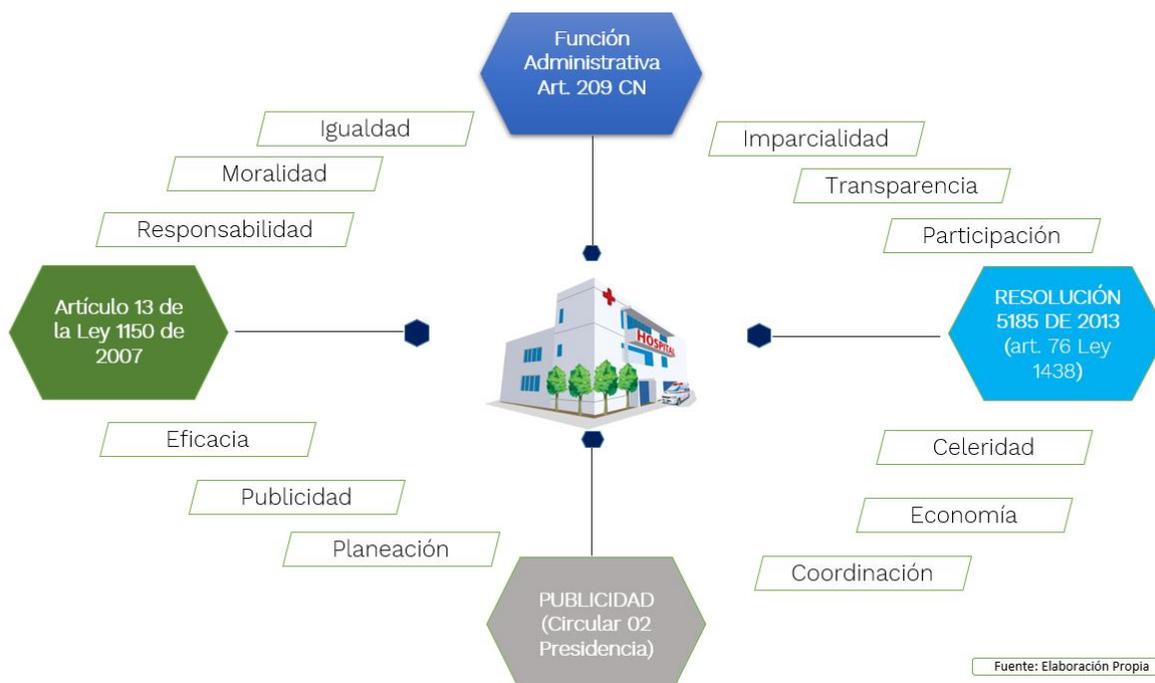
Con posterioridad, el legislador promulgó la Ley 1438 (2011), ratifica que el marco general contratación de las entidades objeto de análisis pertenece al Sistema de Salud colombiano, y tienen a su vez como el deber de suscitar la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual, así entonces otorga facultad a las juntas directivas de las ESE, para “adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social” (art. 76).

No obstante, el Minsalud (2013) imparte los lineamientos para el ejercicio de su actividad contractual, basada en la observancia de las reglas y principios aplicables a la materia; señalando que,

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

Asunto que permite aludir gráficamente a los principios que orientan la gestión contractual de las ESE, así:

**Mapa 1:**  
**Principios Orientadores en la actividad Contractual de las ESE**



**Fuente:** Propia (2023).

Además, en legislación reciente se precisó el alcance del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, en lo que respecta a la aplicación de principios en la actividad contractual de esta tipología de empresas, caso en concreto en el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 2195 (2022), al establecer expresamente que las entidades excluidas, en desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este Artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual (art. 53).

Se distorsiona la intención del legislador al precisar el alcance del cumplimiento a este mandato, quedando reducido solo al deber de publicidad, en tanto, la publicación debe darse a través del SECOP, u otra plataforma transaccional que haga sus veces. Asunto que según los investigadores se queda corto, dado el alto volumen de recursos económicos del Estado, que se operativiza al interior de las ESE, y que es necesario dar a conocer a continuación, el consolidado de gastos o compras reportadas por las

entidades objeto de estudio a corte de la vigencia fiscal del 2022, los cuales ascendieron a 9.76 Billones de pesos.

**Tabla 2:**

**Consolidado de gastos por compras de bienes, servicios e insumos en las ESE.**

Nivel	Concepto	Cantidad
1	Servicios personales indirectos	\$ 2.074.635.487.100,00
2		\$ 2.114.736.631.640,00
3		\$ 2.241.493.443.913,00
4		\$ 10.011.628.049,00
1	Adquisición de bienes	\$ 228.394.224.911,00
2		\$ 135.972.353.647,00
3		\$ 118.709.936.189,00
4		\$ 228.397.998,00
1	Mantenimiento	\$ 280.967.203.367,00
2		\$ 206.708.219.030,00
3		\$ 258.178.703.460,00
4		\$ 727.227.650,00
1	Adquisición de servicios (diferentes a mantenimiento)	\$ 423.907.629.381,00
2		\$ 303.494.617.276,00
3		\$ 416.435.871.721,00
4		\$ 1.471.394.672,00
1	Medicamentos	\$ 273.779.500.230,00
2		\$ 335.478.044.622,00
3		\$ 360.917.680.798,00
4		\$ 5.850.518.127,00
1	TOTAL DE GASTOS	\$ 3.281.684.044.989,00
2		\$ 3.096.389.866.215,00
3		\$ 3.395.735.636.081,00
4		\$ 18.289.166.496,00
<b>TOTAL GASTOS EN COMPRAS DE BIENES E INSUMOS</b>		<b>\$ 9.792.098.713.781,00</b>

**Fuente:** Minsalud (2023).

Así entonces, el único presupuesto para que se materialicen los principios de función administrativa por parte de las ESE, es que estas publiciten la actividad contractual que desarrollan a través de un sistema de información transaccional, no obstante, se hace explícita la condición al determinar el alcance de misma, el alistamiento de lo que mínimamente debe publicarse “documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor” (Colombia Compra, s.f), aunque queda un interrogante en cuanto a los requisitos de selección del contratista los cuales se entienden emparentados a la autonomía de las entidades estatales, dada desde las mismas normas que le permiten a entidades como las ESE, recurrir al derecho privado para gestionar su actividad contractual.

En ese entendido, se hace necesario avocar a continuación al desarrollo del concepto y alcance de la denominada selección objetiva de los contratistas.

## **Selección Objetiva**

El presente estudio parte del escenario jurídico, de concebir la selección objetiva como una regla, y no como un principio, es decir, un deber a cargo del operador administrativo que a través del proceso de selección están obligados a garantizarla.

Esto es relevante en la medida que los principios son estructurados en el sistema jurídico como normas orientadoras del bien jurídico que protege, con la dificultad que son abstractas, dejando amplio margen a la creatividad administrativa su debida aplicación, ahora bien, las reglas,

son mandatos de hacer, de permitir, o de prohibir que generalmente se estructuran por unos supuestos de hecho y unas consecuencias jurídicas, se encuentran en el mudo del deber ser, son establecidas para que se cumpla lo contenido en ellas, ni más ni menos (Miranda, 2015, p.93)

Debe recordarse -una vez más- que el ordenamiento jurídico del EGCP y demás especializadas en contratación pública, no gradúan “la selección objetiva como un principio, sino, como una regla” (Ley 1150, 2007, art. 5), materializando con ello una obligación-deber, siendo de su parte la sección tercera del Consejo de Estado (2010), quien consideró que esta “además de ser una regla, también un principio orientador de los procesos de selección pública (...) es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección”.

Ahora bien, si para esta alta corporación judicial, la selección objetiva tiene un “carácter de deber y de principio orientador”, lo cierto es que el ordenamiento especializado a preferido darle el alcance de regla, lo cual permite su aplicación positiva, y en este sentido, los operadores precontractuales deben selección a (todos) sus colaboradores bajo esta regla y con ello validar que el contrato que surge a partir de la selección no contenga vicios en su formación.

Respalda la afirmación pronunciamientos de la sección tercera del Consejo de Estado (2013), cuando señaló:

este mecanismo de contratación no se traduce en una facultad discrecional e independiente del funcionario competente para adjudicar ni queda librada a su solo deseo o voluntad, puesto que también en estos casos, se le exige efectuar la adjudicación de manera objetiva, es decir desligada de consideraciones de índole íntima y personal y libre de la influencia de intereses particulares, con fundamento exclusivamente en los factores de evaluación previamente establecidos e informados a los proponentes, con observancia estricta del principio de igualdad y con el único fin de seleccionar la oferta más favorable para la administración y para el cumplimiento de sus fines (Sentencia 29 julio 2013).

En esta misma línea hermenéutica la Procuraduría general de la Nación (2006) ha sostenido que

el deber de selección objetiva recoge dos aspectos diferentes, a saber: El primero, la prohibición absoluta del subjetivismo y el segundo, que la selección se haga sobre la base de una pluralidad de factores que le permitan a la entidad estudiar y evaluar las propuestas desde diferentes puntos de vista, efectuando las comparaciones entre ellas para seleccionar al mejor proponente. (Expediente 038-5816).

Autores como Rosero (2021) han desarrollado un abordaje dogmático sobre el principio de selección objetiva, y particularmente en los procesos reglados por el EGCP, refiriéndose al principio de transparencia, como aquel que “está directamente relacionado con el principio de selección objetiva, al establecer en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que, en los pliegos de condiciones se deberán indicar los requisitos objetivos para participar (...) el principio de también fue objeto de reglamentación en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007” (p.96).

Debe decirse que, los autores de este artículo se apartan respetuosamente de la postura de la autora antes mencionada, en relación con categorizar la selección objetiva como un principio, bajo el entendido que como se ha expresado, las leyes contractuales no le dan alcance de principios a la selección objetiva, por lo que nos sería acertado darle dicho tratamiento.

Por su parte, Benavides (2010), al referirse al derogado artículo 29 de la Ley 80 (1993) señaló que está

se trata de una obligación aplicable a todo contrato que adquiere valor de principio con la ley 80. La selección objetiva se aplica no solo a los contratos precedidos de licitación o concurso, sino también a la contratación directa. Así mismo no escapa al principio los contratos previstos por regímenes especiales (p.287).

En suma, se sostiene en la ley, la jurisprudencia y la doctrina que la contratación pública o estatal, además de observar y aplicar los principios generales del derecho, establece sus propios principios orientadores que le sirven de fundamento, a fin del logro de los fines del Estado. De esa forma bajo cualquier escenario, —régimen general o el excepcional— la gestión contractual del Estado debe cumplir su finalidad misional, la cual se traduce en la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la materialización de los derechos e intereses de los administrados.

No obstante, las entidades objeto de estudio deben establecer condiciones de selección de la oferta más favorable, a través de la aplicación de reglas y modalidades de selección previamente establecidas en la ley o en su propio manual de contratación, que permitan disponer de procesos cada vez más competitivos, en los que la

excepcionalidad deba ahincarse estrictamente en la contratación de bienes o servicios extremadamente urgentes y que estén permitidos como causal de contratación directa.

A través de la Ley 1438 (2011), el legislador establece la “eficiencia y transparencia en la contratación, así entonces facultó a las juntas directivas, para adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social” (art. 76).

Con esa mirada, el Ministerio de Protección Social a través de la Resolución 5185 de (2013), imparte los lineamientos a las ESE para el ejercicio de su actividad contractual, basada en la observancia de las reglas y principios aplicables a la materia; por ello ha indicado que

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

En este orden, para entender el principio de selección objetiva de contratistas en las ESE, se debe tener presente que este ha de cumplirse bajo dos premisas; i) cumplimiento de la principalística de la función administrativa contentiva en el artículo 209 constitucional, expresamente en lo referido al principio de publicidad, y ii) la observancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Asuntos que de conformidad con la Ley 2195 de 2022, se cumplen con la publicación de “los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II) o la plataforma transaccional que haga sus veces” (art. 53).

De lo anterior se puede concluir que el principio de publicidad en el marco de las leyes 100 de 1993, 1150 de 2007, 1438 de 2011 y 2195 de 2022, en la actividad contractual de las ESE está directamente relacionada con el objeto de estudio, en lo referido a la selección objetiva desde el ámbito de la escogencia de contratistas.

Todo lo anteriormente presupuestado y analizado en este artículo, según Restrepo Montoya (2020), se debe a que:

en la actualidad, Colombia dispone de una alta producción normativa en materia de contratación estatal, lo cual obliga a las entidades estatales y a los operadores jurídicos, a adoptar medidas y políticas internas que permitan una aplicación oportuna, eficaz y eficiente de las directrices, manuales, normas, reglamentos, protocolos, entre otros, que regulan y facilitan la actividad contractual” (p.92)

A partir de lo estudiado, es deber de la administración de las Empresas sociales del Estado, aplicar con sumo rigor en sus procesos seleccionar sus contratistas o colaboradores bajo las reglas de selección objetiva para evitar una desnaturalización del contrato.

## **Capítulo 2: Identificación de aspectos que den lugar a irregularidades o debilidades en el proceso de selección objetiva de contratistas en las ESE, de conformidad con los manuales de contratación**

En estos instrumentos las ESE, establecen las facultades, límites y procedimientos internos que se desarrollaran en las diferentes etapas o fases del proceso de contratación para adquirir los bienes, servicios e insumos que se requiera para el normal funcionamiento y cumplimiento de sus funciones, metas y objetivos institucionales.

Como metodología para el desarrollo de la investigación, se incluyó el análisis documental de los manuales o estatutos generales de contratación de las entidades objeto de estudio según su categorización en el SG-SSS y régimen jurídico a partir del órgano de su creación.

En ellos se definen las facultades, cuantías y modalidades de selección, cumplimiento de criterios de selección de contratistas, aplicación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, del mismo modo se definen la inclusión de cláusulas exorbitantes al derecho común, es un verdadero estatuto, por el cual se deben regir todo el sistema de compras de bienes y servicios.

En el siguiente mapa se presenta el resultado por entidad de las competencias, facultades y límites autorizados en cada manual o estatuto interno de contratación, teniendo presente que las ESE consultadas tienen adoptado el manual o estatuto de contratación y que los mismos se encuentran vigentes y publicados en su página institucional o en la plataforma SECOP.

En este ejercicio se evidenció que en desarrollo al principio de planeación, las ESE determinan factores de escogencia de la propuesta más favorable en los manuales de contratación, estudios previos y términos de referencia, generando la garantía de ser procesos competitivos de acuerdo con su cuantía y modalidad de selección, aunque se advierten extrañas condiciones para la contratación directa, sin límites de cuantía de acuerdo con la mayoría de los objetos, lo cual es contradictorio con los fines del Estado y la aplicabilidad de la eficiencia y racionalización en el gasto, afectando con ello los servicios mismos de salud.

**Tabla 3.**  
**Caracterización**

ESE	Modalidades de Selección	Autorización Abierta Sin Límites de Cuantía	Estudios Previos	Criterios de Selección Oferta Más Favorable
ESE Distrital METROSALUD (Manual de contratación - Acuerdo 252 de 2014)	Directa <= 2.000 SMLV	Contratos sin límites de cuantía, en los siguientes casos: empréstitos, asociación, consultorías, interadministrativos, insumos los de salud, medicamentos y demás	A partir de cuantías de 300 smmlv	NO
	Convocatoria Publica	Mayores a 2.000 SMMLV (competitivos)	SI	SI
	Urgencia Manifiesta	Solo se excluyen obras	NO	NO
ESE Municipal IV Categoría Cristian Moreno Pallares De Curumani. (Manual de contratación - Acuerdo 019 de 2020)	Directa <= 1,000 SMMLV	Contratación sin límites de cuantía, para objetos como: interadministrativos y de salud	NO	NO
	Convocatoria Publica	Medicamentos y demás insumos	A partir de cuantías de 200 smmlv	No existe mención al respecto
	Urgencia Manifiesta	No hace distinción en los de obra	NO	NO
ESE Departamental Rosario Pumarejo de López (Manual de Contratación RES. No. 018 DE 2022)	Directa <= 600 SMMLV	Contratación sin límites de cuantía, en los siguientes casos: Prestación de servicios profesionales, especializados y urgencias	NO	NO
	Convocatoria Publica	Medicamentos y demás insumos	> A 600 SMMLV	SI
	Urgencia Excepcional Manifiesta	No hace distinción en los de obra	NO	NO
Instituto Nacional De Cancerología ESE - IV Nivel (E.C. Acuerdo 007 de 2014, D.O 49178 del 10 de junio de 2014)	Directa <= 200 SMMLV	Contratación sin límites de cuantía, en los siguientes objetos: consultorías, medicamentos, de apoyo a la gestión, y prestación de servicios asistenciales, en los demás objetos invitará a cotizar	Contratación Directa (NO)	NO
	Convocatoria Publica	Medicamentos y demás insumos	SI	SI
	Urgencia Manifiesta	No hace distinción en los de obra	NO	NO

**Fuente:** Propia (2023).

Como se viene mostrando pese a que todas las ESE país, gestionan (acorde a su escala presupuestal, nivel de complejidad y categoría), idénticos procesos misionales para la prestación de servicios de recuperación de la salud y competencia con IPS privadas, lo cierto es que conforme a los manuales o estatutos de contratación de las entidades objeto de estudio y los planes estratégicos de gestión en su contenido mínimo, convergen identidad de objeto y finalidades, así como estandarización procesos y procedimientos para garantizar los servicios.

No obstante, los investigadores se permiten concluir que prima la alta discrecionalidad administrativa en materia de disposición de recursos para contratación directa, que incentiva la cultura del atajo, fomentando mayores índices de abuso de poder en la selección de los contratistas.

**Análisis de Procesos de selección de contratistas de entidades objeto de estudio**

Como muestra para la presente investigación se analizaron cinco (5) procesos de selección de contratistas por cada ESE perfilada de acuerdo a sus caracterización en el SG-SSS, así mismo se tomó como criterio de temporalidad, analizar procesos de 2022 y de 2023, a efectos de determinar condiciones actuales de procedimiento administrativo, lo cual se resume a continuación el hallazgo por cada una de las ESE.

Del analisis realizado a la ESE – Instituto Nacional de Cancerología de orden nacional, se evidencia el cumplimiento de las minimas garantias de la selección objetiva de contratistas, para los proceso mayores a 200 SMMLV, cumpliendose con procesos competitivos, notificaciones de nuevos procesos según el segmento de de conveniencia de los interesados, los cuales previamente se inscriben para recibir las notificaciones a traves de plataforma INcompra, o SECOP II, en terminos generales se cumple con la finalidades de transparencia y selección objetiva.

**Tabla 4.**  
**Instituto Nacional De Cancerología - ESE.**

Ítems Numérico	FASE PRECONTRACTUAL											Artículo 209 C.N.		
	Proceso	Fecha de iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual de contratación	Notifican Invitación Publica	Artículo 13 Ley 1150 (2007)					Proceso Competitivos		
							¿ Utiliza Plataforma Transaccional?	Contempla el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades			Publica Propuestas	[SI] / [NO]	Publicidad	
								En Manual	En pliegos o invitación	En Contrato				Publica Documentos (Estudios Previos)
1	2022-0526	29/07/2022	Soporte para el sistema de información de misión crítica SAP.	\$324.679.453	SI	SI	INCompra y SECOP II	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1150	SI (pág. 2)	S	SI	SI (a través de SECOP II)	SI	SI

Items Numérico	FASE PRECONTRACTUAL											Artículo 209 C.N.		
	Proceso	Fecha de iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual de contratación	Notifican Invitación Pública	Artículo 13 Ley 1150 (2007)					Proceso Competitivos		
							¿Utiliza Plataforma Transaccional?	Contempla el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades			Publica Propuestas	[SI] / [NO]	Publicidad	
								En Manual	En pliegos o invitación	En Contrato				Publica Documentos (Estudios Previos)
2	2022-0502	18/07/2022	Suministro a título de venta real y material, capacitación, puesta en funcionamiento de un (1) horno para el servicio de genética del instituto nacional de cancerología ESE.	\$15.000.000	SI	SI	INCompra y SECOP II	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1151	SI (pág. 2)	SI	SI	SI (a través de SECOP II)	SI	SI
3	2023-0122	31/03/2023	Suministro de prueba nivel plasmático ciclosporina y tracrolimus prueba efectiva debe incluir calibradores, controles y todos los insumos necesarios para su procesamiento.	\$39.488.350	SI	SI	INCompra y SECOP II	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1150	SI (Pág. 2)	SI	NO	NO	SI	SI
4	2023-0013	20/02/2023	Alquiler, lavado, desinfección, recolección, lanchado, confección, refacción, transporte, arcado y entrega en pisos de ropa quirúrgica, hospitalaria y trajes quirúrgicos, ropa cuartos médicos que se requiera en las instalaciones y sedes del instituto nacional de cancerología ESE.	\$3.395.358.640	SI	SI	INCompra y SECOP II	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1151	SI (Pág. 2)	NO	SI	SI (a través de SECOP II)	SI	SI
5	2023-0074	2/03/2023	Contratar la prestación de servicios de transporte de personal de salud del instituto nacional de cancerología-ese, para realizar la atención domiciliaria y la recolección de residuos biosanitarios de los pacientes oncológicos del instituto generados por la visita domiciliaria.	\$203.000.000	SI	SI	INCompra y SECOP II	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1152	SI (Pág. 2)	SI	SI	SI (a través de SECOP II)	SI	SI

Fuente: Propia (2023).

En el estudio de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López, se encontraron falencias en cuanto a la comunicación de las invitaciones a los proveedores de bienes y servicios, la mayoría de los procesos son tramitados a través de la plataforma propia, que no es transaccional, y a partir de 2023 se observa publicación en la plataforma de

SECOP II, sin embargo, se echa de menos la publicación de propuestas de oferentes de oferentes, y la mayoría de procesos son competitivos.

**Tabla 5:**  
**Hospital Rosario Pumarejo de López ESE de orden departamental**

Ítems Numérico	Fase Precontractual											Artículo 209 C.N.	
	Proceso Numero	Fecha Iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual de Contratación	Notifican Invitación Pública	Artículo 13 de la Ley 1150 (2007)				Proceso Competitivo		
							¿Utiliza Plataforma Transaccional?	Régimen de inhabilidades e incompatibilidades		Publica Documentos (Estudios Previos)			¿Publica Propuestas de oferentes?
								En Manual	En pliegos o invitación		[SI] / [NO]	Publicidad	
6	001-2023	2/03/2023	Suministros de medicamentos	\$2.400.000.000	SI	NO	SI (Página WEB propia y SECOP II)	SI	SI (Literal L p.7)	SI	NO	SI	SI
7	007-2022	1/07/2022	Servicio de vigilancia privada	\$428.377.635	SI	NO	NO	SI	SI (Literal L p.7)	SI	NO	NO	SI
8	002-2023	2/03/2023	Suministro de material médico quirúrgico para la ESE.	\$3.000.000.000	SI	NO	SI (Página WEB propia y SECOP II)	SI	SI (Literal L p.7)	SI	NO	SI	SI
9	05-2023	27/04/2023	Servicio de mantenimiento preventivo, correctivo y verificación a los equipos biomédicos, red y sistemas de gases medicinales, sistema de esterilización y equipos de apoyo hospitalario de la ESE.	\$592.030.307	SI	SI	SI (Página WEB propia y SECOP II)	SI	SI (Literal L p.7)	SI	SI	SI	SI
10	009-2022	19/07/2022	Suministro y distribución de dietas normales y terapéuticas	\$632.500.000	SI	NO	SECOP I	SI	SI (Literal L p.7)	SI	NO	NO	SI

Fuente: Propia (2023).

En el análisis de la ESE Metrosalud, se advierten circunstancias como en la mayoría de los objetos contractuales son tramitados bajo la modalidad de contratación directa sin techos de cuantías, en todos sus procesos gestionados en 2022, (84 en total) la totalidad fueron tramitados bajo modalidad de contratación directa, en los cuales se escoge sin un criterio objetivo a los invitados 2 o 3 aún en cuantías superiores de 2.000 SMLMV. Esta circunstancia, aunque amparadas por el estatuto interno de contratación (Acuerdo 252 de 2014), no contribuyen a garantizar selección objetiva de los contratistas, ya que no hay competencia, y en la practica el ordenador de gasto escoge a su arbitrio quien será su proveedor, deteriorando con ello la confianza ciudadana en los funcionarios que administran los recursos públicos de un sector sensible para el cuidado de la salud de los colombianos.

**Tabla 6:**  
**ESE METROSALUD**

Ítems Numérico	Fase Precontractual												
	Proceso Numero	Fecha Iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual De Contratación	Notifican invitación publica	Artículo 13 de la Ley 1150 (2007)				Artículo 209 C.N.		
							¿ Utiliza plataforma transaccional?	Contempla el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades		Publica Documentos (Estudios Previos)	Publica Propuestas	Proceso Competitivos	
								En Manual	En Pliegos o Invitación			[SI]   [NO]	Publicidad
11	35 - 2023	8/05/2023	Adquisición de mobiliario general para la habilitación y puesta en funcionamiento de la unidad hospitalaria buenos aires	\$502.972.491	SI	1.Macromedicos S.A.S 2.Grupo Tecmedic S.A.S.	NO (Repositorio Institucional)	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1152	SI	NO	NO	SI (Solo entre los invitados)	SI
12	29 - 2023	12/04/2023	Adquisición de equipos biomédicos para la habilitación y puesta en funcionamiento del servicio de laboratorio clínico y servicio farmacéutico para la unidad hospitalaria buenos aires	\$743.502.718	SI	1.Macromedicos SAS. 2.Tech-Medica Equipos Médicos SAS.	NO (Repositorio Institucional)	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1153	SI	NO	NO	SI (Solo entre los invitados)	SI

Ítems Numérico	Fase Precontractual												
	Proceso Numero	Fecha Iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual De Contratación	Notifican invitación publica	Artículo 13 de la Ley 1150 (2007)				Artículo 209 C.N.		
							¿Utiliza plataforma transaccional?	Contempla el Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades		Publica Documentos (Estudios Previos)	Publica Propuestas	Proceso Competitivos	
								En Manual	En Pliegos o Invitación			[SI]   [NO]	Publicidad
13	20 - 2023	23/03/2023	Suministro de medicamentos y material médico, necesarios para la prestación de los servicios de salud	\$7.000.000.000	SI	1.Farmacos de La Costa Ltda. 2.Tech-Medica Equipos Médicos SAS. 3.Macromedicos SAS	NO (Repositorio Institucional)	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1154	SI	NO	NO	SI (Solo entre los invitados)	SI
14	73 - 2022	16/09/2022	Adquisición de monitores de signos vitales para la red de la ESE Metrosalud	\$503.000.000	SI	1. Quirurgil SAS. 2.Hospitalar Group SAS. 3.Mercasalud Sur SAS.	NO (Repositorio Institucional)	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1155	SI	NO	NO	SI (Solo entre los invitados)	SI
15	69 - 2022	2/08/2022	Equipos de cómputo con licencias del sistema operativo, office estándar, diademas, cámaras USB y discos externos	\$808.000.000	SI	1. PC Madrigal SAS. 2. Soluciones Tecnológica Lmr SAS. 3. Imprecar Technology	NO (Repositorio Institucional)	Hace referencia al artículo 8 L80 y 18 L1156	SI	NO	NO	SI (Solo entre los invitados)	SI

**Fuente:** Propia (2023).

Finalmente, para el caso de la ESE Hospital Local de Curumaní, es atípico por cuanto esta entidad no gestiona sus contratos a través de alguna plataforma transaccional, tampoco hay evidencias que se haga en su página web institucional, no publica las invitaciones o términos de referencia en SECOP I o II.

Manifiesta la oficina jurídica que estas publicaciones se realizan en la cartelera de la ESE, sin embargo, se advierte la inexistencia de la misma., la información recolectada se hace directamente de los expedientes de la entidad, donde si se visualizan documentos como estudios previos, términos de referencia, invitaciones a los proveedores vía email, constancias de fijación y des fijación de procesos e invitaciones, propuestas evaluaciones y adjudicaciones, sin que pueda corroborarse idóneamente como se invitan a las veedurías ciudadanas.

Lo anterior, no pugna con el manual de contratación adoptado por cuanto este tampoco establece el procedimiento para los diferentes subprocesos, pero ello desde luego dista diametralmente del cumplimiento de una adecuada gestión de la contratación de proveedores de bienes y servicios, no se garantiza selección objetiva,

no se estimulan procesos competitivos, lo cual premia la ineficiencia administrativa en este subproceso.

**Tabla 7.**  
**ESE Hospital Local de Curumaní**

Ítems Numérico	Fase Precontractual											Artículo 209 C.N.	
	Proceso Numero	Fecha Iniciación	Objeto	Valor	Publicidad Manual de contratación	Notifican Invitación Pública	Artículo 13 Ley 1150 (2007)					Proceso Competitivos	
							¿Utiliza Plataforma Transaccional?	Contempla el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades		Publica Documentos (Estudios Previos)	Publica Propuestas		
								En Manual	En pliegos o invitación			Publica Documentos	
16	752 - 2022	5/08/2022	Suministro de medicamentos, insumos de odontología, materiales para laboratorio clínico, materiales RX, y materiales médico quirúrgico, equipos biomédicos y dotación hospitalaria, para la ESE.	\$120.000.000	NO	NO	Cartelera	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	279-2023	1/02/2023	Software como servicio a la operación del sistema de información r-fast 8 para la ESE.	\$40.556.928	NO	NO	Cartelera	NO	NO	NO	NO	NO	NO
18	174-2023	6/01/2023	Prestación de servicios de transporte tipo camioneta 3 para el personal asistencial y administrativo de la ESE	\$42.000.000	NO	NO	Cartelera	NO	NO	NO	NO	NO	NO
19	183-2023	6/01/2023	Suministro de sillas, escritorios y otros para el área administrativa, consultorios médicos, urgencia y enfermería para la ESE.	\$128.050.000	NO	NO	Cartelera	NO	NO	NO	NO	NO	NO
20	184-2023	20/02/2023	Compraventa de ambulancia TAB con dotación para la ESE.	\$286.300.000	NO	NO	Cartelera	NO	NO	NO	NO	NO	NO

**Fuente:** Propia (2023).

Del estudio sistemático de los manuales y estatutos de las ESE analizadas, confrontadas con la facultades entregadas por el legislador, y del análisis de los macroprocesos que se gestionan en las ESE, acorde con su nivel de atención por complejidad, se puede afirmar que todas presentan idénticos procesos desde el punto de vista misional, ello es necesario para entender la lógica de contratación que pueden

gestionarse en esas instituciones de salud, y la innecesidad de seguir facultado a las juntas directivas para hacerse a sus propios estatutos de contrataciones, incluso por el bajo rigor técnico de los mismos.

Así, por ejemplo, todas comparten compras de medicamentos, insumos y equipos, contratación de recurso humano (*operativo, administrativo, servicios generales, vigilancia, conductores, profesionales asistenciales y servicios generales*), realizan el mantenimiento a su infraestructura en general, a quieren alimentación para pacientes, servicio de lavandería, papelería, mantenimiento de equipos, sistemas de información, operan vehículos de emergencia, arrendamientos etc., que algunos son más prioritarios que otros.

Identificada esta estandarización de procesos internos para la operación de las ESE, es fácil establecer procedimientos especial de selección de contratista debidamente reglado con procedimientos abreviados pero estandarizados, como los de mínima cuantía que tenga en cuenta presupuestos como los indicados en la Ley 1860 de 2021, y circunstancias como:

- Eventos de procedencia de contratación directa solo en casos de urgencia excepcional.
- Estandarización de cuantías y modalidades de contratación.
- Eliminación de la contratación directa a discreción.
- Parametrización de procedimientos de selección de contratistas que premie la libre concurrencia y publicidad.
- Utilización de Plataformas transaccionales como SECOP II. A fin de garantizar la trazabilidad a todo el proceso en convocatorias competitivas, términos de referencias, observaciones y sus respuestas, cronogramas con fases preclusivas, propuestas, evaluaciones y sus observaciones, subsanaciones, adjudicaciones y finalmente el contrato, todo en tiempo real.
- Eliminación de los estatutos o manuales de contratación dictados por la Juntas directivas de las ESE, como equilibrio administrativo.

Se precisa de manera concluyente que la totalidad de los manuales de contratación contiene autorización de contratación directa sin límite de cuantía para objetos misionales, con ello adicionalmente la no obligatoriedad de utilización de estudios previos, en los cuales se materializa el deber de planeación, se establece la necesidad sectorial, y de se debe indicar mínimamente los requisitos técnicos, estudios de riesgo, su distribución y exigencias de garantías en la futura contratación, al prescindir de estos, o del sector, no solo se burla el principio de planeación contractual (Resolución 5183 de 2013 Ministerio de Salud y Protección Social. Art. 9.2), sino que dejan en grave riesgo la institución por la nula gestión del daño antijurídico como deber de función pública, permeando la libre concurrencia y selección objetiva de contratistas.

Como se muestra en cada una de los resultados sistematizados en las tablas anteriores, y de la lectura de los manuales generales de contratación de cada una de estas instituciones, que en efecto las ESE, (con excepción de Instituto de Cancerología) no cumplen con garantizar la selección objetiva de los futuros contratistas en un alto número de procesos contractuales, especialmente en la denominada contratación directa, porque bajo el apremio de compras o contratación de servicios de salud, se saltan los procesos competitivos, premiando mayoritariamente mecanismo de selección directa.

### **Capítulo 3: Entes de control e intervención al interior de las ESE**

Del análisis de la inspección vigilancia y control de las ESE por las contralorías departamentales, Superintendencia Nacional de Salud y secretarías de salud departamentales, entre otras entidades, se desprende que el máximo órgano de control fiscal es la Contraloría General de la República (CGR) y se le ha otorgado la misión constitucional de garantizar el buen uso de los recursos y bienes públicos a cargo de las diferentes entidades y empresas que operen con recursos públicos; así mismo se le ha dado el deber de contribuir a la modernización del Estado.

La CGR tiene sus bases constitucionales en el artículo 267, en el entendido que el constituyente primario indicó “el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”, así mismo las contralorías departamentales y municipales, teniendo en cuenta que las ESE al recibir transferencias directas de la Nación y de los entes territoriales las cuales pertenecen a la ADRES y son constitutivos como recursos parafiscales, se convierten en sujetos de especial vigilancia y control.

También concurren en el control y seguimiento de las ESE, el órgano de control disciplinario la Procuraduría General de la Nación, como lo dispuso la Constitución Política de Colombia (1991), “al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (Art. 118). De otra parte, la Superintendencia Nacional de Salud (SNS), también concurre a establecer control en desarrollo del mandato contenido en la Ley 1438 (2011).

Del mismo modo concurren en los procesos de auto control, las oficinas de control interno a la gestión, inspirados en la Constitución nacional (1991), en el entendido que “la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (Art. 209), del mismo modo, en otro aparte de la misma carta magna señala “en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno (Art. 269).

Las oficinas de control interno deben realizar evaluación y seguimiento continuo e independiente a la gestión contractual, al cumplimiento de los planes anuales de adquisiciones (PAA), por ello esta instancia administrativa es un instrumento valioso en la gestión administrativa de las ESE, dado que el seguimiento al riesgo o los procesos casi (puede decirse) es en tiempo real.

De esa forma, en la siguiente tabla se describe de forma resumida los órganos que intervienen en el seguimiento, control y vigilancia de las ESE, su origen eleccionario, a fin de evidenciar su origen e independencia, como probable causa de la ineficiencia permeada por las afinidades políticas de quienes ostenten estas dignidades.

**Tabla 8:**  
**Caracterización de entes de control según su origen de nombramiento**

Entidad	Contraloría General de la República	Contralorías departamentales, distritales y municipales	Control Interno a la Gestión	Procuraduría General de Nación (Personerías)	Superintendencia Nacional de Salud
Origen de su elección	Mayoría absoluta Congreso de la República	Asamblea departamental o Concejos Distritales o Municipales	Alcalde Municipal	Congreso de la República y Personerías por los Concejos Municipales	Ministro de Salud y Protección Social
Fuente de Derecho	Artículo 126 CN Ley 1904 de 2018	Ley 1904 de 2018 (Artículo 11)	Ley 87 de 1993 y Ley 1474 de 2011 (Artículo 9)	Artículo 118 CN Decreto 1876 /1994 (Artículo 17)	Ley 100 de 1993 (artículo 233)

**Fuente:** Propia (2023).

Esta estructura eleccionaria de los representantes de los entes oficiales que tienen las funciones de vigilancia a los recursos públicos hace *-inane-* el cumplimiento de control a las ESE, esto sucede, en buena medida por su origen, que no brinda las garantías institucionales, ni funcionales para ejercer de manera autónoma el control fiscal, disciplinario o administrativo “sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva” (Ley 1150, 2007, art. 5).

Así mismo, el origen político de los gerentes o directores de las ESE, los cuales son nominados por los alcaldes, gobernadores y el presidente de la república de Colombia, para las instituciones de salud según su naturaleza jurídica, puede ser otro factor de riesgo a la hora de materializar los principios en la gestión contractual.

Y esto es así, porque el legislador a través de la Ley 1797 (2016) en su artículo 20, ha dispuesto que los cargos de gerentes o directores de estas instituciones sean nominadores, los gobernadores, alcaldes, o presidente de la república, según el origen de creación de las mismas respectivamente, ello comporta una alta carga política por cuanto alinea a los intereses de la administración (según sea el caso) los cuatro años

de gobierno, aunado a que anualmente (en el mes de abril) se presenta la evaluación de la gestión de estos gerentes, esa dependencia y constante de evaluación *-podría-* fracturar la autonomía técnica y funcional de estas instituciones, y ser proclives no solo a procesos políticos, o contractuales de los que no se escapan las administraciones elegidas por el voto popular.

Señalando que el nominador, quien a su vez es el presidente de la junta directiva de la ESE en su jurisdicción, es quien y de consuno, con el secretario de salud, también perteneciente al estamento político territorial, quienes dirigen las juntas directivas de la institución, donde la secretaría técnica, está en cabeza del el gerente, y quienes en virtud de la libertad reglamentaria establecida en los artículos 5 y 6 del Decreto 1876 (1994), que permite la configuración de sus estatutos de contratación, donde es posible determinar o adoptar cualquier forma de contratación incluyendo, determinando a su arbitrio cuales procesos y cuantía, se adelantaran bajo esquemas competitivos, o cuales se harán sin las formalidades escritas dentro del marco de las normas imperativas en la materia, bajo el apremio de la prestación de servicios de salud oportunos.

Al analizar los alcances de los factores normativos que permiten a las ESE utilizar sus propias reglas para gestionar sus contrataciones, se obtuvo que en efecto el legislador en aras de proteger y garantizar la atención oportuna en salud de los Colombianos, a través de la red pública de hospitales, las dotó de una herramienta jurídico-legales para que en igualdad de condiciones a las IPS Privadas, gestionaran sus propias contrataciones, y así permitir una operatividad sin dilaciones o formalidades como las utilizadas en el régimen de contratación impuesto por el EGCAP. Asunto que hace necesario que los entes de control cumplan con sus objetivos misionales.

Sin embargo, estas prerrogativas han sido presuntamente mal entendidas, por las juntas directivas y ordenadores del gasto, para permear los principios de función pública, transparencia, igualdad como una expresión de la selección objetiva, al establecer en sus manuales y estatutos, contrataciones sin límites de cuantías y con ello, sin formalidades de estudios previos, cuando se contrata objeto que pertenecen a la misionalidad institucional, encontrando con ello que poco es el margen de maniobrabilidad que le cabe a las entidades de control para garantizar una idónea vigilancia de la actividad contractual de las ESE.

## **Conclusiones**

A través de la contratación las ESE se reconoce la existencia de una actividad compleja que engendra procedimientos normativos de ambos regímenes (privado y público), que en la actualidad el tema cobra especial interés por las modificaciones y alcances dados a la contratación de estas instituciones

Al analizar los alcances de los factores normativos que permiten a las ESE utilizar sus propias reglas para gestionar sus contrataciones, se obtuvo que en efecto el legislador en aras de proteger y garantizar la atención oportuna en salud de los Colombianos, a través de la red pública de hospitales, las dotó de una herramienta *jurídico-legales* para que en igualdad de condiciones a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) Privadas, gestionaran sus propias contrataciones, y así permitir una operatividad sin dilaciones o formalidades como las utilizadas en el régimen de contratación impuesto por el EGCAP.

Se evidencia la existencia de un problema estructural derivado de la normativa específica dictadas por el Congreso de la República, quien bajo convencimiento de flexibilizar los tramites de contratos para minimizar el riesgo de tardía prestación de servicios de salud que comprometa la vida, ha concedido amplísimas facultades procedimentales y operativas para gestionar sus propios contratos con libertades omnímodas de las cuales estas instituciones de salud hacen uso para gestionar la selección de sus contratistas.

Se evidenció que los factores que no han permitido un eficiente ejercicio de los entes de control en los procesos de selección de contratistas en las ESE obedecen en gran medida al origen político de estas entidades, las cuales pueden coincidir con quien administra el territorio, máxime cuando el mandatario es el nominador del gerente o director, asunto que no permite realizar un control objetivo, en ese sentido la debilidad al control del sistema radica en la estructura legal mediante la cual se eligen los entes de control que intervienen en el proceso de seguimiento y vigilancia de la actividad contractual, como también en el mismo origen políticos de quien administra las ESE.

A la pregunta contenida en los objetivos específicos de esta investigación, ¿si las entidades desarrollan los procesos contractuales conforme a la normatividad vigente?, la respuesta ¡extrañamente! es afirmativa, en tanto que, en la revisión de estatutos y manuales de contratación, los actos de aceptación de ofertas, cumplen con los mandatos incorporados en estos, con lo cual se confirma que en efecto la alta discrecionalidad dada por el legislador en las leyes, 80 de 1993, 1150 de 2007, 1438 de 2011, y 2195 de 2022, lacera en sumo grado los principios orientadores de la contratación pública de las ESE.

Todas estas conclusiones permiten a los autores sugerir que es necesario que el país genere una iniciativa legislativa o del órgano ejecutivo para que a través de ley dicte un Estatuto Especial de Contratación para las Empresas Sociales del Estado en todos sus órdenes y niveles, que permita regular el uso de modalidades de selección, garantizar la competencia, precaver la observancia del régimen de inhabilidades y compatibilidades, establecer límites a la denominada contratación directa y sus

informalidades, y plantear excepciones según necesidad del servicio, tal como está reglado el EGCAP.

## Referencias

Agente Especial interventor de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López. (17 de enero de 2022). *Resolución 018 de 2022*.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. GC: 116.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Benavides, J.L. (2009). *El contrato estatal entre el régimen público y el derecho privado*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J.L. (2010). *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado* (segunda edición). Editorial Universidad Externado de Colombia.

Blanco. (2008). *Los regímenes excepcionales a la ley 80 de 1993*. De La contratación estatal en Colombia. <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/08/los-regmenes-excepcionales-la-ley-80-de.html>.

Colombia Compra Eficiente Tienda Virtual del Estado Colombiano. (s.f). *Guía registro e SECOP*.

[https://www.colombiacompra.gov.co/tes/cce\\_public/files/cce\\_step/guia\\_registro\\_secop\\_II.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/tes/cce_public/files/cce_step/guia_registro_secop_II.pdf).

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación*.

[https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/regimenes\\_especiales.php?ire=22](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/regimenes_especiales.php?ire=22)

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (1998). *Concepto del 20 de agosto de 1998*. Radicación 1127-98.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2010). *Sentencia del 20 de mayo de 2010*. M.P. Enrique José Arboleda. Radicación: 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).

Consejo de Estado. Sección Tercera (2013). *Sentencia del 29 de julio de 2013*. M.P. Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-1995-01712-01.

Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993*. DO: 41.094.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993*. DO: 41.148.

[http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Congreso de la República. (16 de julio de 2007). *Ley 1150 de 2007*. DO: 46.691.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Congreso de la República. (16 de enero de 2011). *Ley 1438 de 2011*. DO: 47.951.

[http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1438\\_2011.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html)

Congreso de la República. (6 de marzo de 2014). *Ley 1712 de 2014*. DO: 49.084.

[http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1712\\_2014.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html)

Congreso de la República. (20 de abril de 1887). *Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887*. DO: 7.019.

[http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Congreso de la República. (12 de julio de 2011). *Estatuto General Anticorrupción. Ley 1474 de 2011*. DO: 52.113.

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*. DO:

52.113. [http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la República. (19 de enero de 2011). *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Ley 1438 de 2011*. DO: 52.114.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41355>

Congreso de la República. (9 de enero de 2007). *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Ley 1122 de 2007*. DO: 46.506

Congreso de la República. (18 de enero de 2022). *Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. Ley 2195 de 2022*. DO: 51.921.

Corte Constitucional Colombia. (7 de marzo de 2012). *Sentencia C-171. [Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva]*

<https://www.funcionpublica.gov.co/sentencias/2012/C-171-12.rtf>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (22 de abril 2020). *Concepto 153201 de 2020*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=129361#:~:text=Concepto%20153201%20de%202020%20Departamento,Administrativo%20de%20la%20Funci%C3%B3n%20P%C3%ABlica>

Departamento Nacional de Planeación. (31 de julio de 2002). *Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3186*.

<https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3186.pdf>

El Tiempo.com (2023). *Gerente de Hospital General de Medellín, destituido e inhabilitado*. <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/procuraduria-destituyo-e-inhabilito-a-gerente-de-hospital-general-de-medellin-454842>

El Periódico.net. (2023). *Perfilando, la empresa superpoderosa del hospital Eduardo Arredondo Daza*. <https://elperiodico.net.co/perfilando-la-empresa-superpoderosa-del-hospital-eduardo-arredondo-daza/>

Expósito. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español análisis de la selección de contratistas* (Reimpresión 2005 ed.). Universidad Externado de Colombia.

Junta directiva del Hospital Local de Curumaní – Cesar Cristian Moreno Pallares E.S.E. (2005). *Manual de contratación. Acuerdo (019) año 2020*.

Junta directiva del Instituto Nacional de Cancerología ESE. (21 de julio de 2014). *Manual de contratación. Acuerdo 007 año 2014 Modificadorio Acuerdo 007 año 2015*. <https://www.cancer.gov.co/atencion-servicios-ciudadania/contratacion/convocatorias-antiguas/007-2014>

Junta Directiva Empresa Social del Estado METROSALUD (19 de diciembre de 2014). *Acuerdo 252 de 2014*.

Ministerio de Salud y Protección Social. (06 de diciembre de 2013). *Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual. Resolución 5185 de 2013*.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55871>

Presidencia de la República. (26 de mayo de 2015). *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. Decreto 1082 de 2015*. DO: 49.523

<https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/decreto-nacional-1082-2015>

Presidencia de la República. (6 de mayo de 2016). *Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Decreto 780 de 2015*. DO: 49.865.

<https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77813>

Presidencia de la República. (5 de agosto de 1994). *Por el cual se aprueba la estructura de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta. Decreto 1876 de 1994*. DO: 41.480.

<https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3356>

Presidencia de la República. (30 de diciembre de 1998). *Decreto 489 de 1998*. DO: 43.464.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>

Procuraduría General de la Nación. 2006). Expediente 038-5816.

Restrepo Montoya, C.A. (2020). De la contratación estatal en Colombia.

<https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/download/1360/1614>

Santofimio, J.O. (2009). *El carácter conmutativo y por regla general*. Revista de Derecho Administrativo. Director Juan Carlos Cassagne. No. 67, Buenos Aires, Bogotá, México, Santiago. Abeledo-Perrot.

Rosero, B.C. (2021). *Contratación estatal, Manual teórico-práctico*. 4a Edición. Ediciones de la U.