

DEL PRESUNTO CONFLICTO DE INTERÉS ENTRE HOSPITALES DE PRIMER NIVEL Y ALCALDÍAS DERIVADOS DE LA LEY 1797 DE 2016 COMO AFECTACIÓN A PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

RODRIGO TOVAR ALARCÓN¹

JUAN CARLOS PÉREZ CARREÑO²

RESUMEN

Teniendo en cuenta la responsabilidad legal otorgada a los alcaldes de contratar con las empresas sociales del estado “Hospitales”, el plan de intervenciones colectivas entendidas como un conjunto de actividades que contribuyen a intervenir positivamente la salud de la población y en este mismo orden de ideas contratar la prestación de servicios de salud de la población pobre no asegurada, y considerando que la ley 1797 de 2016 en su artículo 20 facultó a los alcaldes para nombrar directamente a los gerentes de las ESES sin el agotamiento de concurso de mérito alguno, se genera incertidumbre respecto al cumplimiento estricto de principios que orientan la contratación pública destacándose entre otros el de la igualdad, transparencia y selección objetiva.

¹ Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de la especialización en contratación Estatal de la Universidad Gran Colombia, email, rtovar.abogado@gmail.com

² Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de la especialización en contratación Estatal de la Universidad Gran Colombia, email, juancape12@hotmail.com

Los principios referidos se pueden ver afectados en la etapa de suscripción ejecución supervisión y liquidación de los contratos suscritos entre las Alcaldías y las ESES toda vez que la nominación del gerente de la ESE y el Director local de salud, depende legalmente del Alcalde municipal. Lo descrito llevaría a predicarse igualmente un presunto conflicto de interés dado que el Alcalde como presidente y miembro de la junta directiva de la ESE, adicionalmente participa en la evaluación de la gestión del gerente como requisito de permanencia en el cargo.

Así mismo se ve afectado el principio de igualdad de la contratación pública en virtud del tratamiento preferencial que la ley otorga a las ESE frente a las Instituciones de Salud de carácter privado.

PALABRAS CLAVES: ESE Empresa social del Estado; Plan de Intervenciones colectivas; Población Pobre no asegurada; Contratación; Conflicto; Principios.

ABSTRACT

Considering the legal responsibility granted to mayors of contracting with state social enterprises “hospitals”, the collective interventions plan understood as a set of activities that contribute to make a positive intervention to the population’s health, and in the same order of ideas, hire the provision of health services for the uninsured poor population, and considering that the law 1797 of 2016 in its article 20 empowered the mayors to directly appoint the managers of the SSE without an exhaustive merit contest, is generated uncertainty regarding the strict accomplishment of the principles that guide public hiring, among which it’s possible to highlight the equality, transparency and objective selection.

The referred principles can be affected in the stage of suscription, executions, supervision and settlement of the contracts signed between city halls and the SSE, every time the designation of the SSE's manager and the health local director legally depend on the Mayor. The foregoing would lead to the preaching of an alleged conflict of interest given that the Mayor as president and member of the SSE's board of directors, additionally participates in the evaluation of the of the manager's managemen as a requirement of permanence in the position.

In the same way, the principle of equality in public hiring is affected by virtue of the preferential treatment that the law grants to SSE in contrast with private health institutions.

KEY WORDS: SSE State Social Entreprise, Collective interventions plan, uninsured poor population, hiring, conlifct, principles.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende realizar un análisis respecto a causales que puedan llevar a presunto conflicto de intereses surgido en la facultad nominadora otorgada a los alcaldes Municipales en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 (norma declarada exequible mediante sentencia C 046 de fecha Mayo 23 de 2018, por la Honorable Corte Constitucional. M.P. Dra Gloria Stella Ortiz Delgado) para elegir y/o nombrar a los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, y su relación contractual obligatoria con las mismas, teniendo en cuenta que la prestación de los servicios de salud conforme al Artículo 194 ley 100 de 1993 se hace directamente por la Nación o las entidades territoriales principalmente a través de las empresas sociales del Estado, hecho este ratificado igualmente en la ley 1122 de enero 9 de 2007, al referir de manera

taxativamente en su artículo 20 (Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en fecha cuatro (4) de Diciembre de dos mil siete (2007), Sentencia C-1042/07 Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) que las Entidades territoriales deben contratar con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda y solamente en los casos que la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

Adicionado a lo anterior por ser el alcalde municipal quien preside la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E)³ y quien nombra igualmente a los directores locales de salud que forman parte de la junta directiva y regularmente ejercen la función de supervisión de los contratos interadministrativos suscritos entre las Alcaldías y las Empresas Sociales del Estado (E.S.E).

Lo expuesto nos lleva a predicar presunto conflicto de interés y transgresión a principios constitucionales aplicables a la contratación pública como el de legalidad (artículo 6 y 121 de la CP.) igualdad y libre concurrencia (art. 13 C.P.), interés público (artículo 2 C.P.) y otros concordante como el de imparcialidad (artículo 209 C.P.), en este mismo orden principios del estatuto contractual como el de transparencia y selección objetiva, al permitirse solamente contratar servicios de salud en las empresa sociales del estado debidamente habilitadas y excluirse a de tal propósito a las privadas.

En este escenario surge el problema jurídico que se tratara en el presente trabajo formulándose para tal fin el siguiente interrogante:

³ En adelante Empresas Sociales del Estado (E.S.E)

Existirá presunto conflicto de interés y transgresión a principios constitucionales aplicables a la contratación estatal como a principios del mismo estatuto contractual como el de la igualdad, libre concurrencia, transparencia y selección objetiva en la suscripción, ejecución, supervisión y liquidación de contratos interadministrativos suscritos entre las E.S.E y la Alcaldía Municipal siendo el representante legal del ente territorial el nominador del director de la ESE, presidente de la junta directiva de la misma y miembro evaluador de la gestión de dicho director o gerente?

Nuestro objetivo general es determinar la presunta existencia de conflicto de intereses en la suscripción de contratos interadministrativos celebrados entre los Alcaldes municipales y los gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), como consecuencia de la facultad nominadora del Alcalde Municipal así como determinar con fundamento en normas constitucionales y legales aplicables a la contratación estatal afectación a principios como el de la igualdad, libre concurrencia, transparencia y selección objetiva.

Para el logro del objetivo general se desarrollarán los siguientes capítulos.

Analizaremos la normatividad vigente que regula el nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado, y evaluación de gestión de los gerentes de las E.S.E.

Analizaremos la normatividad vigente que determina la contratación preferencial de actividades relacionadas con servicios de salud entre Alcaldías municipales y Empresas Sociales del Estado (ESE).

Identificaremos la existencia de posturas relacionadas con el tema a investigar por parte de la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos, “ACESI”

y la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y servidores públicos de la salud y seguridad social integral y servicios complementarios de Colombia “ANTHOC”.

Indagaremos y recopilaremos información en Cuatro (4) municipios, debidamente certificados como empresas prestadores del servicio de salud pertenecientes a los Departamento de Caldas y Cundinamarca, tabulando información relativa a: Contratos suscrito entre la Entidad territorial y La E.S.E municipal, objeto del contrato, designación de supervisión (quien la ejerce), existencia de controversias contractuales, existencia de proceso administrados sancionatorias por incumplimientos, imposición de multas, en lo correspondiente a la vigencia del año 2017 y a corte 31 de marzo del año 2018.

Por lo expuesto se considera relevante el presente trabajo de investigación denominado “DEL PRESUNTO CONFLICTO DE INTERÉS ENTRE HOSPITALES DE PRIMER NIVEL Y ALCALDÍAS DERIVADOS DE LA LEY 1797 DE 2016 COMO AFECTACIÓN A PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL”, en consideración a lo consagrado en la precitada ley denominada, “Ley de Fortalecimiento Institucional del Sector Salud” que establece corresponder hoy día el nombramiento de Gerentes de Empresas Sociales del Estado (ESE), no por meritocracia, sino directamente por el Presidente de la República, Gobernadores o Alcaldes.

A su vez es oportuno y conveniente porque se pretende establecer o más bien destacar que los gerentes de las Empresas Sociales del Estado (ESE) y los mismos representantes de los entes territoriales de todos los órdenes deben acatar las normas de obligatorio cumplimiento como lo son el régimen de inhabilidades incompatibilidades y el conflicto de intereses por expreso mandato legal, esto en desarrollo del principio de la moralidad administrativa, de ahí la importancia de establecer unos lineamientos para evitar tal conflicto.

Se reitera que con la nueva normatividad de nombramiento de Gerentes de Empresas Sociales del Estado (ESE), directamente por el Presidente de la República, Gobernadores o Alcaldes, desnaturalizó el espíritu de la meritocracia, en un claro retroceso a los principios de la función administrativa como lo es el de la transparencia y eficiencia, evidenciados, tenido en cuenta que el nominador, será igualmente miembro y presidente de la junta directiva de dicha entidad de salud, al cual aporta recursos a través de contratos interadministrativos que él supervisa a través de personal vinculado al ente territorial o contratada por el mismo representante legal del municipio, viéndose comprometido el cumplimiento del interés general por un presunto interés particular clientelista.

Al suscribir contratos interadministrativos entre los entes territoriales - Alcaldías municipales y las ESES están inmersos en presunto conflicto de intereses y se afectan principios de la contratación estatal como el de la igualdad, libre competencia, transparencia y selección objetiva al no permitirse la contratación de servicios de salud con entidades prestadores de dichos servicios de naturaleza privada.

El método para utilizar es el analítico, dado que para el logro de los objetivos específicos propuestos se llevará a cabo recolección de información, tabulación y análisis de esta, así mismo análisis la normatividad vigente correlacionada con el tema objetivo de investigación como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relativa a la misma, elementos estos que conducen a las conclusiones y propuestas como alternativas de solución.

El artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, dispuso que los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serían nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que debería realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para

lo anterior, la Junta Directiva conformaría una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendría que nombrar el respectivo Gerente.

Posteriormente se sanciona la Ley 1797 del 13 de julio de 2016, llamada “Ley de Fortalecimiento Institucional del Sector Salud”, ordenando en su artículo 20 que “*los gerentes o directores de las Empresas Sociales del Estado (ESE) del nivel territorial serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial*”. Esto significa que corresponderá al presidente de la República, a los gobernadores y a los alcaldes adelantar los nombramientos.

La Ley en comento elimina el concurso de méritos para la elección de gerentes de las ESE llevado a cabo por universidades acreditadas para tal fin y únicas responsables de las pruebas de elección de los aspirantes, teniendo como antecedentes quejas en la transparencia de dicho concursos lo cual origino en algunos casos acciones contenciosas administrativas y constitucionales por considerar que no se había garantizado el debido proceso como los principio de la función administrativa en dicho proceso de selección.

Frente al nuevo ordenamiento y específicamente en lo que respecta al artículo 20 de la ley 1797 de 2016, Juan Carlos Giraldo, director de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (Achc) sostuvo que en particular ese artículo que toca el tema del nombramiento de los gerentes de hospitales públicos no fue sometido a un gran debate y por eso supone que tuvo aceptación por parte del Gobierno Nacional.

No obstante, el gran temor asegura Giraldo, director del gremio que agrupa hospitales públicos y privados, es que “*haya entidades a las que puedan manosear y que no puedan garantizar transparencia*”. La propuesta para buscar un equilibrio entre la realidad política de las regiones y la meritocracia dice, es hacer un examen de Estado, como el Icfes o el Ecaes, a nivel central que no tenga acceso a la corrupción.

Giraldo reitera que no se puede desandar el camino de los profesionales de la gerencia pública con este artículo. Los que se elijan deberán tener conocimientos de administrar un hospital del sector, diferenciar su complejidad, saber de contratación, entre otros. *“Que quede al libre albedrío es una apuesta riesgosa”*,

Por otra parte, los directivos de la Asociación Colombiana de Empresas Sociales del Estado y Hospitales Públicos (Acesi), se mostraron seriamente preocupados por la situación. Como refleja el portal web de la Asociación, *“los ministerios de Salud y Educación deberán hacer una evaluación del progreso de la prueba, que ya comenzó a generar serias dudas, con respecto a su transparencia”*.

Ludivia Grisales, vicepresidenta del Sindicato de la Salud en Caldas (Sindess) y miembro de la junta directiva de Sindess Nacional, califica como contradictoria la decisión del Gobierno y aduce que todos los empleados públicos deberían ingresar por meritocracia.

Sin embargo, admite que para los trabajadores y los hospitales estos concursos se tornaron un foco de corrupción y denuncia: *“Las pasadas elecciones de gerentes muchas fueron compradas y no por meritocracia, lo que le costaba un platal a los centros asistenciales”*.

Aunque la líder sindical menciona que no es un secreto que los hospitales son un foco de politiquería y corrupción y que ahora hay un número considerable de empleados que está por cuotas políticas, es optimista que con este cambio en la designación de gerentes tanto las alcaldías como la gobernación procuren sacar adelante las instituciones y aclara *“No deja de preocuparme lo que se viene porque a dedocracia se van a dar muchas cosas y en estos casos no sabemos qué es mejor”*.

Existen otras posiciones políticas que muestran desacuerdo en que el representante del municipio o del departamento decida de manera directa quién va a quedar en el cargo

Si deciden quién va a quedar en la terna, la junta directiva puede escoger de ese grupo y como el gobernador o el alcalde son uno más en la junta directiva, cuando se someta a votación, puede que gane el que eligió el dirigente u otro de la terna, es decir no se les deja con la voluntad por fuera, pero tampoco queda haciendo lo que ellos quieren.

Corolario de manifestado es que los representantes legales de los entes territoriales son quienes ahora con la ley podrán nombrar de manera discrecional a los gerentes de los hospitales públicos que sean de sus resortes territoriales, esto es, departamentos, municipios y distritos.

Adicionado a lo dicho se encuentra que la ley 1438 de enero 19 de 2011 "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", consagra en su artículo 70 que la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada por el jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado (alcalde o su delegado), quien la presidirá y por el director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

Así las cosas, al hacerse una integración de las facultades y mandatos que otorga el artículo 20 de la ley 1797 de 2016 y la 1438 de 2011 encontramos que el Alcalde Municipal es el nominador del director o gerente de la Empresa Social del Estado de nivel territorial de primer nivel, miembro de la junta directiva de esa entidad en calidad de presidente de esta y que en esa junta directiva forma parte su director de salud a quien igualmente nombra el señor Alcalde Municipal.

En ese mismo sentido el municipio suscribe contratos interadministrativos aportando recursos para atención de servicios de salud por mandato legal (Artículo 28 del 1122 de 2007), lo

cual se considera una transgresión a principios en actuaciones contractuales de la entidad estatal (Artículo 23 de la ley 80 de 1993) al no permitirse participación a entidades de salud del sector privado, considerando que al momento de seleccionarse un contratista la escogencia debe hacerse 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.

Si bien las E.S.E., forman parte de los regímenes exceptuados, que administran recursos públicos se rigen por el derecho privado, y pueden utilizar cláusulas exorbitantes consagradas en el estatuto de contratación estatal, ello no lo es para los entes territoriales Alcaldías Municipales, quienes si deben sujetarse en su integridad al régimen de contratación Estatal, por ello se itera no se entiende el régimen preferencial de contratar servicios de salud con las E.S.E., desconociendo entre otros principios de la igualdad y libre concurrencia de las entidades de salud privadas.

Los principios que rigen la actividad contractual de la administración pública están orientados a preservar la objetividad en la selección del contratista, para garantizar el interés general y la realización de los fines del Estado y, a la vez, hacer eficaz la participación, en igualdad de condiciones, de quienes reúnan los requisitos que en cada proceso licitatorio sean exigidos según el objeto del contrato que se pretende celebrar (Corte Constitucional sentencia de fecha dos (2) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).: Magistrado Sustanciador: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa Proceso De Licitación-Constitucionalidad método de selección contratistas en contratación pública:

Uno de los aspectos que merece especial interés es el atinente a la selección del contratista, puesto que es incuestionable que de la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales depende en gran medida el éxito

de la gestión contractual del Estado y, por ende, la debida satisfacción de las necesidades públicas. Que esta selección deba estar regida por criterios objetivos excluyendo toda motivación de carácter subjetivo, es una exigencia derivada del significado instrumental que tiene la contratación de la administración pública, en cuanto atiende a la realización de los fines que justifican el Estado Social de Derecho (arts. 2 y 365 de la C.P.), pero también de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que guían la función administrativa (art. 209 ibidem).

Adicional a lo dicho sobre el contrato interadministrativo celebrado con la E.S.E., el ente territorial ejerce la supervisión de este a través de su director de salud, por ello se considera desde nuestro enfoque jurídico una presunta existencia de un conflicto de interés que pueda afectar el desempeño imparcial, objetivo de las funciones del servidor público representante del administrador de salud como del principio de la moralidad administrativa.

Si bien la ley 734, consagra en su artículo 54, las “*inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses*”, ellas corresponden a decisiones judiciales o disciplinarias, y remite a las causales establecidas en los artículos 8° de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, y 37 y 38 de la misma ley 734, y a las demás previstas en la Constitución y las normas legales, según la función pública de que se trate.

La prescripción de inhabilidades e incompatibilidades, se ha dicho por la corte;

Se requiere que se sustente la protección del interés general, dado que lo contrario pierde toda justificación constitucional como medio legítimo para restringir el principio de igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes son rechazados en el ámbito contractual del Estado.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades lo compone un marco normativo por expresa remisión de la ley 80 de 1993, que en aplicación estricta conlleva a la existencia de un conflicto de intereses entre los representantes legales de los entes territoriales municipales y los directores de las ESE a quienes debe nombrar, tal como se analizara.

En Colombia los conflictos de intereses se encuentran regulados en un régimen de prohibiciones inhabilidades e incompatibilidades de orden constitucional y legal aplicable a todos los servidores públicos o de manera particular para ciertos funcionarios o ciertas situaciones, ejemplo, a los funcionarios públicos contratar con el Estado o con instituciones privadas que manejen recursos público o desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación del tesoro público, pero en la practica el conflicto de intereses se da por fuera de la norma, por estar íntimamente ligado al sistema político clientelista que maneja nuestra país, con la dinámica regional y la discrecionalidad que manejan los representantes legales de los entes territoriales es decir los nombramientos (Transparencia por Colombia, 2016).

En cambio, el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de intereses, como lo explicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado esta Sala en el concepto del 10 de agosto del 2006, Rad. No. 1767. Publicación autorizada con oficio 39323 del 16 de agosto de 2006; respecto de la ley 80 de 1993, concepto que sigue siendo pertinente porque tampoco la ley 1150 del 2007 tocó el tema.

La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.

En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “*conflicto de intereses*” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2016, pág. 9).

La “*Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales*” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), define el conflicto de interés como el “*conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario, donde el funcionario tiene intereses privados y podría ser influenciado incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales*”.

Así, se distinguen los siguientes tipos: a. Conflictos de interés: existe un inaceptable conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados del funcionario público y sus obligaciones públicas. b. Conflictos de interés aparente: existe un interés personal que no necesariamente influiría en el funcionario público pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes. c. Conflictos de interés potencial: alude al caso en el que un funcionario público tiene un interés personal que puede

convertirse en un conflicto de interés en el futuro (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2018, pág. 1).

Frente al clientelismo Francisco Leal Buitrago y Andrés Dávila Ladrón De Guevara nos señalan que tres factores han sido centrales en la reproducción del poder basado en las normas practicas clientelistas. La combinación adecuada del acceso a instancias de la administración pública, del manejo con fines privados de los recursos del Estado y el sometimiento de una clientela política fiel (capital electoral), han asegurado el éxito en el proceso de intermediación política. Tal proceso ha generado posibilidades para una mayor producción de los políticos profesionales (Dávila Ladrón de Guevara & Leal Buitrago, 2010, pág. 179).

La ley 1797 de 2016, igualmente estatuye dentro de su articulado el proveer de recursos financieros para el saneamiento de las empresas sociales del estado, es decir destina dineros para el pago de deudas generadas por la prestación de servicios no contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, o la población pobre no asegurada, de ahí la preocupación en el sentido que el nominador nombra a quien va a administrar recursos que igualmente son del municipio.

A fin de constatar nuestro argumento de presunto riesgo de conflicto de interés se realizó derecho de petición a municipios de Cundinamarca y Caldas seleccionados bajo el criterio de estar debidamente certificados en salud por el Ministerio de Salud y la Protección Social, obteniéndose respuesta en un número de ocho y que corresponden a los municipios Fosca, San Francisco, Tausa, Une y Vianí, para el Departamento de Cundinamarca de y tres (3) del Departamento de Caldas que corresponde a saber Belalcázar, Manzanares y Pacora, otorgándonos la siguiente respuesta frente a la información solicitada:

- a. El nombramiento del director de la ESE Municipal fue efectuado por el Alcalde Municipal.

- b. El alcalde como representante legal del municipio y ordenador del gasto es quien suscribe los contratos y/o convenios con la ESE Municipal.
- c. Quien ejerce la supervisión del contrato y/o convenio por parte de la entidad contratante o conviniente es el director local de salud y/o secretario de salud del municipio.
- d. Los supervisores relacionados en el punto anterior hacen parte de la Junta Directiva de la ESE.
- e. Durante la ejecución de los contratos y/o convenio que nos relacionaron en la respuesta no se han presentado requerimientos de presuntos incumplimientos de la ESE, como tampoco han dado lugar a imposición de multas.

Lo afirmado anteriormente tienen su respaldo entre otros ordenamientos en decreto 2993 del 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social al establecer que los integrantes de la junta directivos son:

- El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá (El Alcalde para el caso de las ESAS municipales).
- El director de salud de la entidad territorial Departamental, Distrital o Municipal o su delegado.
- Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.
- Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no

existir en la E.S.E profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

Concluyéndose entonces que el Alcalde se desempeña como miembro de la junta Directiva y el Director Local de Salud del municipio igualmente quienes tendrán por ley las funciones de:

1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.
2. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa social.
4. Aprobar los Planes Operativos Anuales.
5. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.
6. Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.
7. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.
8. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.
9. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.
10. Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.
11. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.

12. Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político-administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.
13. Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente.
14. Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.
15. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.
16. Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.
17. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.

Igualmente se tiene que las Empresa Sociales de Estado se rigen por el Derecho privado en materia contractual y en virtud de las funciones y facultades de las juntas directivas es presumible las suficientes atribuciones de esta para autorizar que se celebren y ejecuten contratos relacionados con el objeto social lo cual estaría dado a través de los estatutos.

Al correlacionar las dos situaciones descritas en el presente documento y relativas al nombramiento del gerente de las ESE por parte del Alcalde municipal, sin condicionamiento al ejercicio de la meritocracia y ser este último el presidente de la junta directiva de la misma ESE, resulta innegable considerar la probabilidad de la gestión y aprobación de actuaciones administrativas y contractuales alejadas de una efectiva objetividad y transparencia.

RÉGIMEN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESE

En lo que se refiere al régimen y naturaleza jurídica, de las ESE, encontramos que la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 171 de fecha siete (7) de marzo de dos mil doce (2012), con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, por medio del cual declaro exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, refirió

La jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica. Sobre

la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la jurisprudencia constitucional ha sintetizado que éstas “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.

Así las cosas, se tiene que las Empresas Sociales del Estado, 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.

En igual sentido la misma Corte Constitucional en sentencia C-314 del 1 de abril de 2004., siendo ponente el Honorable Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra señala que las ESE son una nueva tipología dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, con naturaleza y características propias, lo cual permite diferenciarlas y no confundirlas con otro tipo de entidades públicas, particularmente con los establecimientos públicos.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las referidas entidades, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, indica que las Empresas Sociales de Salud en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Igual la ley 489 de 1998, en su artículo 83 establece que 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 los aspectos no regulados por dichas leyes a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

NOMBRAMIENTO DE GERENTES DE HOSPITALES

La normatividad en materia de nombramientos Gerentes de las Empresas Sociales del Estado se ha transformado desde la vigencia 2007 a la fecha, pasando desde su designación mediante concurso de méritos para lo cual, las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial debían seleccionar las instituciones de educación superior pública, privadas o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección para cargos de alta gerencia previamente acreditadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y posteriormente por el Ministerio de Educación Superior para realizar concursos o procesos de selección, que fueran idóneas y garantizaran la transparencia, moralidad, igualdad, imparcialidad y el mérito en el concurso. Correspondiendo a la junta directiva conformar una terna integrada por los concursantes que en orden de mérito hubieran obtenido las tres mejores calificaciones operando como una lista de elegibles de tal suerte que cuando no fuere posible designar al concursante de mayor calificación, el nominador debía nombrar al segundo y así sucesivamente.

Entonces se encontraban indicadas las bases para la realización de los concursos siendo soportados en reglas de imparcialidad, objetividad con convocatoria de alcance nacional que posibilitaría la libre y amplia concurrencia de aspirantes mediante la aplicación de pruebas

funcionales y de aptitudes afines al cargo y con estándares mínimos relativos a conocimientos normativos y técnicos relacionados con el cumplimiento de los objetivos y funciones de la entidad y del cargo a proveer y, especialmente, los correspondientes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Las pruebas de competencias estaban encaminadas a evaluar los factores: Orientación a resultados, Orientación al usuario y al ciudadano, Transparencia, Compromiso con la organización, Liderazgo, Planeación, Toma de decisiones, Dirección y desarrollo de personal y Conocimiento del entorno e incorporada estudios y experiencia del aspirante , siendo previsto que La Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública realizarían acompañamiento a los concursos o procesos de selección y en caso de incumplimiento del procedimiento o de presentarse hechos u omisiones que hubiera afectado. La transparencia de los mismos o de sus resultados, daría lugar a las denuncias correspondientes.

Todo lo anterior permitía intuir y pensar que en escenarios de estricta transparencia sería designado la mejor opción y bajo el principio constitucional de la meritocracia.

Ahora bien La Ley 1797 del 13 de julio de 2016 en su artículo 20 modificó sustancialmente el mecanismo de nombramiento de los gerente o Directores de las Empresas Sociales del Estado consagrando que estos serán nombrados por el Presidente de la República en caso de ESE del orden nacional y los del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de formación académica y experiencia establecidos en el artículo 22 del Decreto ley 785 de 2005 y la evaluación de las competencias que señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante la Resolución No. 680 de 2016.

La antes mencionada resolución señala las competencias que se deben demostrar para ocupar el empleo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado bajo los conceptos de competencias y conductas asociadas determinándose entre las competencias el Compromiso con el servicio público, la orientación de resultados, el manejo de las relaciones interpersonales , la planeación, el manejo eficiente y eficaz de los recursos de igualmente prevé para el mismo la asesoría por parte del Departamento Administrativo de la función pública para aquellas entidades que lo soliciten, situación está que genera incertidumbre toda vez que la optatividad dada puede generar riesgo de manipulación política y actos de corrupción por parte de los gobernantes locales pues si bien se generan algunas condiciones para la designación, se pierde la posibilidad de convocar ampliamente a aquellas personas interesadas y el nombramiento del Gerente queda en manos de la voluntad del alcalde o del Gobernador.

Lo afirmado en la parte final del párrafo anterior teniendo en cuenta que el artículo 1° de resolución reseñada la 680 del 2 de septiembre de 2016, consagra que las competencias que debe demostrar los aspirantes a ocupar el cargo de gerente o director de las E.S.E., serán evaluadas por la respectiva entidad nominadora ya sea del orden nacional o territorial, siendo la labor prestada por el Departamento Administrativo de la Función Pública únicamente de asesoría.

Evidentemente para nosotros esto constituye un retroceso, en el principio de meritocracia y permea los principios de moralidad justicia y transparencia a pesar de que los Gerentes son nombrados para periodos institucionales de cuatro años, que terminarán tres meses después del inicio del periodo institucional del Presidente, el Gobernador o el Alcalde, y que sólo podrán ser retirados del cargo por evaluación insatisfactoria del plan de gestión, destitución o por orden judicial.

Un grupo de ciudadanos demandó ante la Corte Constitucional declarar la inexecutable del artículo 20 (parcial) de la Ley 1797 de 2016 por considerar vulneraba el artículo 125 de la Carta Política, al desconocer el principio de mérito como mecanismo para establecer de manera objetiva la idoneidad de quien aspira a ocupar el cargo de gerente o director de las empresas sociales del Estado, *“otorgándoles de manera regresiva a los alcaldes, gobernadores y al Presidente de la República la facultad de nombrarlos directamente, en atención a criterios que no satisfacen el interés general, más cuando se trata de entidades públicas del sector salud”*.

Señalaban los impugnantes que la disposición demandada desconocía el aparte de la Constitución que prohíbe que la filiación política de los ciudadanos determine su nombramiento en un empleo de carrera, su ascenso, remoción, *“al dejar en cabeza de quien es elegido por voto popular la capacidad nominadora, sin la verificación de criterios que permitan establecer una metodología de quién es más idóneo, perdiéndose la finalidad del principio del mérito”*.

Mediante sentencia de fecha mayo 23 de 2018, la Honorable Corte Constitucional con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado decide Declarar EXEQUIBLE el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por los cargos analizados.

Señala la providencia que el problema jurídico a resolver en esta oportunidad consistió en establecer si la norma acusada violaba el artículo 125 de la Constitución y específicamente, los principios del mérito y de no regresividad, al determinar la provisión de los cargos de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado mediante el nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos.

La Corte encontró que la provisión de dichos cargos mediante nombramiento por el Presidente, los gobernadores y alcaldes y no mediante concurso de méritos, no violaba el principio del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, porque esta misma

disposición autoriza a proveer cargos mediante el sistema de libre nombramiento y remoción como forma de acceso a la función pública. Por ello, la Corporación advirtió que el Legislador tiene margen de configuración para establecer cuáles cargos son de esa naturaleza y la norma demandada cumple los requisitos fijados por la jurisprudencia para ese efecto, dado que: (i) los cargos de gerente y director de ESE son de dirección, conducción y orientación institucional de la administración descentralizada explícitamente excluidos de la carrera administrativa por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004; (ii) los empleos a los que hace referencia la norma acusada ocupan el nivel jerárquico en la estructura de la entidad que reviste las funciones de dirección; y (iii) el ejercicio de esos cargos exige confianza plena e implica decisiones políticas.

En el mismo sentido, concluyó que la norma demandada no viola el mandato de no regresividad respecto de la provisión de empleos públicos, en tanto que la misma no otorga derechos, sino una competencia que no constituye la regulación de un derecho social (el acceso al cargo público por mérito) ni regula la faceta prestacional de un derecho, luego el principio de progresividad no le es aplicable.

CONFORMACIÓN JUNTAS DIRECTIVAS DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

La conformación y funcionamiento de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado mediante su reglamentación ha evolucionado tímidamente desde el año 1994, cuando a través del Decreto Nivel Nacional 1876 de 1994 reglamentó en su artículo 7 el mecanismo de conformación de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial (municipal, departamental o distrital), indicando su conformación con un número mínimo de seis miembros, diecisiete (17) años después la Ley 1438 del 2011 en su artículo 70 modifica la

conformación de las juntas directivas de las ESE municipales del primer nivel de atención disminuyendo el número de sus integrantes de seis a cinco siendo excluidos representantes de la comunidad por los gremios de la producción del área de influencia geográfica de las Empresas Sociales del Estado y el representante del sector científico de la salud del área de influencia geográfica y a su vez incluido un nuevo miembro consistente en el representante de los empleados públicos del área administrativa de la institución.

Establece la misma norma que en el evento que la ESE del nivel municipal tenga suscritos convenios o planes de desempeños conjuntamente con la Nación, el Gobernador o su delegado hará parte de la junta directiva.

De esta forma se establece actualmente y de conformidad al Decreto 2993 del 2011 del Ministerio de Salud y Protección Social que los integrantes de la junta directivos son:

- El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá. (El Alcalde para el caso de las E.S.E municipales)
- El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.
- Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.
- Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la E.S.E profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

Concluyéndose entonces que el Alcalde se desempeña como miembro de la junta Directiva y el Director Local de Salud del municipio.

Adicional a lo anterior y dado que las Empresa Sociales de Estado se rigen por el Derecho privado en materia contractual y en virtud de las funciones y facultades de las juntas directivas, es presumible las suficientes atribuciones de esta, para autorizar que se celebren y ejecuten contratos relacionados con el objeto social lo cual estaría dado a través de los estatutos.

Al correlacionar las dos situaciones descritas en el presente documento y relativas al nombramiento del gerente de las ESE por parte del Alcalde municipal, sin condicionamiento al ejercicio de la meritocracia, y la pertenencia como presidente de la junta directiva de la misma ESE de la cual designo su Gerente, resulta innegable considerar la probabilidad de la gestión y aprobación de actuaciones administrativas y contractuales alejadas de una efectiva objetividad y transparencia.

EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DE GERENTES DE LAS ESE

El desarrollo normativo en materia de nombramiento de gerentes de las Empresas Sociales de Estado se evidencia complementado con la evaluación de la gestión que debe realizarse anualmente para determinar su continuidad o no en el cargo, de esta manera el Artículo 72 de ley 1438 consagra que la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado inicialmente deberá aprobar el plan de gestión que debe ejecutar el Director o Gerente de la Entidad durante el periodo para el cual ha sido designado y que debe cumplir los lineamientos que para tal efecto ha impartido el Ministerio DE Salud y Protección social Constituyéndose esto en la herramienta que servirá de fundamento para la evaluación del Gerente en su desempeño y logros asociados a las

metas de gestión y resultados relacionados con la viabilidad financiera, calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Determina la normatividad vigente que La evaluación insatisfactoria del cumplimiento al plan de Gestión será causal de retiro del servicio del Director o Gerente y en este mismo orden la normatividad vigente prevé la reelección de gerentes soportada en la evaluación satisfactoria del el último informe de gestión que obviamente estará.

Si relacionamos las tres situaciones normativas descritas en el presente documento consistentes en la designación voluntaria del gerente de la E.S.E. por parte del Alcalde Municipal, ser el nominador miembro de la junta directiva en calidad de presidente y miembro evaluador del a la gestión del gerente de la E.S.E., se reafirma la postura de un presunto interés en la celebración de contratos entre dichas entidades.

RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS ESE

Respecto del Régimen Contractual de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud o Empresas Sociales del Estado, vale la pena citar lo expresado por la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 6 de abril de 2000, expediente 1.263, Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, así:

(...) En principio, por ser las empresas sociales del estado entidades estatales y constituir la ley 80 un estatuto denominado "general de contratación de la administración pública", pudiera concluirse que su aplicación es universal para toda clase de entes públicos; sin embargo, tal apreciación no se compadece con la potestad

del legislador para establecer excepciones a tal régimen, como lo hizo en el caso de estas empresas.

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

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.

De esta manera, al disponer la ley 100 de 1993 en el numeral 6° del artículo 195, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales, excluyó la aplicación general y común de las normas de la ley 80. El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales, aparece consagrado en el artículo 13 de la ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado.

La Sala de Consulta y servicio civil reitera esta posición doctrinaria vertida en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998, según la cual:

Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado (Resalta la Sala).

Sin embargo, se estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado.

En esto orden de ideas y de conformidad con lo ya reseñado, se tiene que toda la contratación de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud o Empresas Sociales del Estado se rige por el derecho privado, salvo lo atinente a las cláusulas excepcionales, que se regulan por lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual manera e independientemente de que la contratación de las ESE se regule por el derecho privado, éstas deben dar cumplimiento a los principios de la función administrativa, tal y como para el efecto lo establece el artículo 952 de la Ley 1474 de 2011 que modifica el inciso 2 del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 5185 del 14 de diciembre de 2013 fijó los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten

sus respectivos Estatutos de Contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

Así las cosas, las Empresas Sociales del Estado no están obligadas al cumplimiento de las directivas expedidas por Colombia Compra Eficiente, salvo aquellas disposiciones que por mandato legal las obligue, toda vez que el sistema de compras y contratación de las E.S.E se rigen por el estatuto de contratación adoptado conforme al artículo 76 de la Ley 1438 de 2011.

CONTRATACIÓN DE LOS ENTES TERRITORIALES CON LAS E.S.E.

La Ley 1122 de enero 9 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, consagro en su Artículo 20. *“Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda. Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de*

la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas”.

El citado artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en fecha cuatro (4) de Diciembre de dos mil siete (2007), siendo Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, bajo el argumento no haberse vulnerado los principios orientadores de la función administrativa, por cuanto el establecimiento del requisito de la autorización previa del Ministerio de la Protección Social para efectos de que la entidad territorial pueda contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas, distintas a las Empresas Sociales del Estado, cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, no era irrazonable o injustificada y que la norma acusada lo que tiene por finalidad garantizar el adecuado uso de los escasos recursos económicos que alimentan el SGSSS, evitando que los mismos se despilfarren o desvíen por efectos de la corrupción administrativa, e incluso, por la presión de los grupos armados ilegales.

A su vez La resolución 518 del 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social dicta disposiciones en relación con la Gestión de la Salud Pública y se establecen directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC) las cuales corresponden a un plan complementario al Plan Obligatorio de Salud (POS) y a otros beneficios, dirigido a impactar positivamente los determinantes sociales de la salud e incidir en los resultados en salud, a través de la ejecución de intervenciones colectivas o individuales de alta externalidad en salud n, desarrolladas a lo largo del curso de vida, en el marco del derecho a la salud y de lo definido en el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP), previéndose que su formulación, ejecución, seguimiento y evaluación está a cargo de los Departamentos, Distritos y Municipios de acuerdo con las competencias definidas en la

normatividad vigente, en el marco del Plan Decenal de Salud Pública y los Planes Territoriales de Salud, bajo los parámetros y lineamientos que determine este Ministerio.

Así mismo se establece que la contratación del plan de salud pública de intervenciones colectiva del orden municipal debe ser contratadas prioritariamente con las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el territorio (incluye las IPS indígenas), las acciones del PIC para las cuales tenga capacidad técnica y operativa y cuando estas no tengan la capacidad de ejecutar algunas acciones el municipio podrá contratarlas con Empresas sociales de municipios vecino y establece que. En el evento de que las IPS públicas no cuenten con la capacidad técnica y operativa, la entidad territorial podrá contratar las acciones del PIC con instituciones prestadoras de salud privadas ubicadas en el municipio, organizaciones no gubernamentales (ONG), universidades y otras entidades.

PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Desde el primer Artículo de la Ley 80 de 1993 se expresa que la Contratación Estatal no se reduce solamente a la aplicación de normas de procedimiento de selección del contratista y demás normas técnicas que la consagran.

Se deben tener en cuenta los principios como normas rectoras que guían los procesos de contratación; por ello, el primer Artículo de la referida ley de Contratación señala que además de las reglas, los principios han de regir la contratación de las Entidades Estatales.

Los principios en materia de contratación se deben aplicar a todas las etapas del proceso y no solo a la selección del contratista; por ello, los postulados de la buena fe, la prevalencia del

interés general, el debido proceso y la responsabilidad, deben tenerse en cuenta en todas las etapas del trámite contractual.

La ley 80 de 1993 nos señala en forma expresa los principios que aplican para esta materia, pero no puede entenderse por ello, negación de los demás principios del ordenamiento jurídico que no se encuentren en la referida Ley 80, toda vez, que dichos principios hacen parte del bloque constitucional, es decir, hacen parte de la misma Constitución que prevalece frente a las demás normas del ordenamiento jurídico. En atención a lo señalado el Artículo 23 de la Ley 80 nos refiere los principios aplicables a la Contratación Estatal, pero igual, habla de las reglas de interpretación de la contratación.

Como conclusión de lo anterior se tiene que a la Contratación Estatal todos los principios establecidos en la Constitución Nacional por mandato directo de su Artículo 4º que consagra que ella es norma de normas y que las mismas son de aplicación inmediata.

En sentencia de la Corte constitucional y específicamente la C-508/02 de fecha tres (3) de julio de dos mil dos (2002), siendo Magistrado Ponente el Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA se reseña que los principios de la contratación estatal que el legislador enuncia, de manera concreta y regula en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que, en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa.

A su vez nuestra Constitución Política de Colombia en su artículo 209, la cual establece los principios de función administrativa, que, por obvias razones, se encuentran inmersos en el tema de contratación, así:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En virtud del principio de transparencia, se garantiza la imparcialidad de escogencia de un contratista garantizando que los procedimientos que han de ser utilizados para la escogencia de este serán claros, nítidos, transparentes, en aras de asegurar la prevalencia del interés general como principio fundante del Estado social de derecho (art. 1 C.P.).

Para Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra Tratado de Derecho Administrativo, páginas 365 a 369, refiere que el presupuesto importante de la función administrativa es la prevalencia del interés general, en donde el ejercicio del poder político no puede ser sobre justificaciones de carácter individualista, sino los prepuestos de la voluntad general, así mismo que el principio la prevalencia del interés general se vincula directamente con las finalidades estatales y que para su concreción requiere de todos los niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, por cuanto su carácter constitucional lo hace abierto e indeterminado.

Así las cosas corresponde a la administración Pública la materialización del interés general, por lo menos desde el cumplimiento del principio de legalidad, por esto se considera

que en la contratación con las ESE se pueden ver afectados los principios reseñados por incidencia del nominador con el ente hospitalario, quien como presidente de la junta directiva participa en la aprobación de los Planes Operativos Anuales como en el análisis y aprobación del proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.

CONFLICTO DE INTERÉS

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en su cartilla Versión 1. De noviembre de 2016 denominada “Guía de Administración Pública Conflictos de interés de servidores públicos” en materia de inhabilidades e incompatibilidades, elaboro cartillas básicas sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para aspirar a cargos de elección popular, y el conflicto de interés.

Sobre el conflicto de intereses lo conceptúa a saber:

Un conflicto de interés surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales. El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática

que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar

directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas. En términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “conflicto de intereses” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.”

Se identifican como elementos característicos entre otros del conflicto e intereses los siguientes:

1. Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.
2. Mediante el régimen de conflictos de intereses se busca preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública, evitando que su interés particular afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado.
3. Debe estar previsto dentro de un marco normativo.
4. Los Conflictos de Intereses son inevitables y no se pueden prohibir, ya que todo servidor público tiene familiares y amigos que eventualmente podrían tener relación con las decisiones o acciones de su trabajo.
5. Genera ocurrencia de actuaciones fraudulentas o corruptas.
6. Afecta el normal funcionamiento de la administración pública
7. Puede involucrar a cualquier servidor público o quien a particular que Desempeñe funciones públicas, no obstante, generalmente las mayores Implicancias ocurren con los cargos de más alto nivel que tiene toma de Decisiones, ejercer jurisdicción o manejo.

Por lo expuesto y específicamente por la injerencia y ascendencia del nominador sobre el gerente de una ESE, aun en la toma de decisiones de este último consideramos la existencia de un conflicto de intereses y la presunta transgresión a principios de la función pública como de la contratación estatal

SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Las Alcaldías Municipales deben contratar servicios de salud con entidades privadas en igualdad de condiciones que las ESE a fin de garantizar los principios de contratación estatal a través de las diferentes modalidades de contratación.

Las Alcaldías Municipales deben contratar una interventoría externa, para que sea ejercida de manera independiente y autónoma sobre los contratos interadministrativos suscritos con las ESE

Volver al Concurso de méritos para seleccionar y nombrar los directores de las ESE, a fin de que el mismo goce de independencia y autonomía,

CONCLUSIONES

Con fundamento en la normatividad referida sobre el nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E.), conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado, y evaluación de gestión de los gerentes de las E.S.E., es el Alcalde Municipal quien evalúa las competencias del aspirante a director de la ESE y realiza su nombramiento y posteriormente con miembro de una junta directiva que él preside, y del cual uno de su miembros también es nominado por el evalúa la gestión del gerente, no garantizándose esto una imparcialidad y objetividad en dicha gestión administrativa con ocasión de una subordinación tacita entre el nominado y el designado director y/o gerente máxime que las alcaldías contratan actividades de servicio de salud a población pobre no asegurada y otros con las E.E.S. constituyéndose de esta forma un conflicto de intereses.

En virtud de lo referido nos apartamos del fallo de la corte constitucional que declaro la exequibilidad del artículo 20 de ley 1797 de 2016, porque desconoce el principio de mérito como mecanismo para establecer de manera objetiva la idoneidad de quien espira a ocupar un cargo de gerente o director de una E.S.E., para dar paso al clientelismo como la afinidad partidista del representante legal del municipio de turno para ocupar dicho cargo.

En repuesta a derecho de petición radicado a la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y servidores públicos de la salud y seguridad social integral y servicios complementarios de Colombia “ANTHOC”, de fecha junio 5 de 2008, nos indica a pregunta de si dicha asociación ha analizado un presunto conflicto de interés por el hecho de la ley 1797 de 2016 ser hoy día quien nombre los gerentes de las ESES municipales para la prestación de servicios de salud de la población no asegurada y las actividad del PIC, refiere no haber realizado ningún análisis al respecto, pero que considerando la sentencia de la Corte

Constitucional, C 046, proferida el día 23 de mayo de 2018, por la Honorable Magistrada, GLORIA STELLA ORIZ DELGADO, coligen que no existen razones de orden constitucional que impidan el desarrollo por parte de los gerentes nombrados, dentro de ellas la de contratar con las alcaldías las actividades colectivas y el PIC.

Frente al interrogante de estar la evaluación del gerente a cargo de la junta directiva de la cual hace parte el Alcalde como presidente y el Director Local de Salud, siendo el primero quien nombra el gerente y el segundo quien ejerce en la mayoría de los caso la supervisión de los contratos interadministrativos entre la ESE y la Alcaldía afirma que a primera vista el análisis denotaba posibles causales de conflictos e intereses e incompatibilidades surgidas de la evaluación del gerente por parte de la junta directiva de la ESE, pero que era claro que ella era un organismo colegiado que no dependía exclusivamente del Alcalde.

Como se observa ni la misma Asociación Nacional Sindical que agremia Trabajadores y servidores públicos de la salud, han analizado esta situación bajo el criterio según el escrito de respuesta que profundizan en este tema puede tener implicaciones para la sostenibilidad financiera y la existencia misma de la red hospitalaria.

Con fundamento en el artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y la resolución 518 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, al establecer que se debe contratar la prestación de servicios de salud a la población pobre no asegurada y actividades del Plan de Intervenciones Colectivas (PIC) las cuales corresponden a un plan complementario al Plan Obligatorio de Salud (POS), por parte de los entes territoriales con las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el territorio y que solo en el caso que las mismas no cuenten con la capacidad técnica y operativa, la entidad territorial podrá contratar las con instituciones prestadoras de salud privadas ubicadas en el municipio, organizaciones no gubernamentales (ONG),

universidades y otras entidades, se predica un quebramiento a principios de la función pública como el de la igualdad e imparcialidad y principios de la contratación estatal como el de la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes, transparencia y selección objetiva, La libre concurrencia porque es el principio que permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar.

La igualdad es el principio de la contratación estatal y presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, traduciéndose en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración Pública.

El régimen excepcionado de contratación lo tienen las E.S.E. pero no los entes territoriales - Alcaldías Municipales, ellos deben sujetarse en su integridad al régimen de contratación Estatal, por ello deben contratar siguiendo los principios de la función pública y la contratación estatal permitiendo para el caso la concurrencia de las entidades de salud privadas a fin de contratar con las mismas.

En virtud de respuesta que nos diera siete (7) municipios de Cundinamarca que corresponden a los municipios Fosca, San Francisco, Tausa, Une, Vianí, Junín y Mosquera y siete (7) municipios del Departamento de Caldas que corresponde a saber Belalcázar, Manzanares, Pacora, Silvania, Aguadas, Anserma, y Filadelfia, los cuales fueron escogidos por estar debidamente certificados en salud por el Ministerio de Salud y la Protección Social se concluye todo lo manifestado y soportado en las respuestas dadas por las entidades territoriales consultadas la existencia de un presunto riesgo de conflicto de intereses considerando las subordinaciones de nombramiento y ser parte integrante de una junta directiva que a su vez

evalúa la gestión del funcionario que nombro e igualmente representa le entidad con la que contrato de manera exclusiva la prestación de servicios de salud.

REFERENCIAS

Concepto Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado. (6 de Abril de 2000).

Expediente 1.263. Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil. (20 de Agosto de 1998). Consulta N° 1.127.

Congreso de Colombia. (1993 de Octubre de 1993). Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto

General de Contratación de la Administración Pública.

Congreso de Colombia. (9 de Enero de 2007). Ley 1122. Por la cual se hacen algunas

modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Congreso de Colombia. (16 de Julio de 2007). Ley 1150. Por medio de la cual se introducen

medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Legis.

Congreso de Colombia. (13 de Julio de 2016). Ley 1797. Por la cual se dictan disposiciones que

regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional. (5 de Marzo de 1993). Sentencia expediente 6225. Consejo de Estado

sección tercera.

Corte Constitucional. (2 de Junio de 1999). Sentencia de fecha dos (2) de junio de mil

novecientos noventa y nueve (1999): Magistrado Sustanciador: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1 de Abril de 2004). Sentencia C-314. M.P. Marco Gerardo Monroy

Cabra.

Corte Constitucional. (7 de Marzo de 2012). Sentencia C- 171. Con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, por medio del cual declaro exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

Corte Constitucional. (23 de Mayo de 2018). Sentencia C 046. M.P. Dra Gloria Stella Ortiz Delgado.

Dávila Vinueza, L. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá D.C.: Legis.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (1 de Noviembre de 2016). Guía de Administración Pública Conflictos de interés de servidores públicos.

Dueñas Quevedo, C. C. (2011). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C.

Garzón Valdés. (2004). *Principio de La Moralidad Administrativa Propuesta Jurisprudencial Para La Protección*.

Matallana Camacho, E. (s.f.). *Manual de Contratación Pública, Reforma de la ley 80 del 93*.

Olivos Campos, J. R. (2005). *Lo público de la ética pública Derecho administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México.

Santofimio G., J. O. (1998). *Tratado de derecho administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez*. Bogotá D.C.

ANEXOS

1. Respuesta a derechos de petición dada por los municipios de Fosca, San Francisco, Tausa, Une, Vianí, Junín y Mosquera del Departamento de Cundinamarca.
2. Respuesta a derechos de petición dada por los municipios de Belalcázar, Manzanares, Pacora, Silvania, Aguadas, Anserma, y Filadelfia del Departamento de Caldas.
3. Respuesta a derecho de petición dada por la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores y servidores públicos de la salud y seguridad social integral y servicios complementarios de Colombia “ANTHOC”.