

**EL IMPACTO ECONOMICO SOBRE EL HOSPITAL SAN ANTONIO DE
BARBACOAS ESE CON EL REGIMEN DE CONTRATACION ESTABLECIDO
DURANTE EL AÑO 2011**

MARTIN CAICEDO BASANTE

Tesis de grado para optar por el título de magister en derecho médico

Director:

Eduardo Pastrana Buelvas

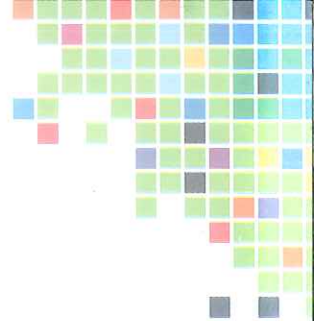
PhD. Derecho

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE SALUD

MAESTRIA EN DERECHO MEDICO

SANTIAGO DE CALI, AGOSTO DE 2014

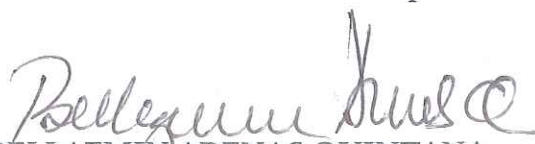


MAESTRÍA EN DERECHO MÉDICO
ACTA DE SUSTENTACIÓN N° 002 - 2016 -A
MARZO 01 DE 2016

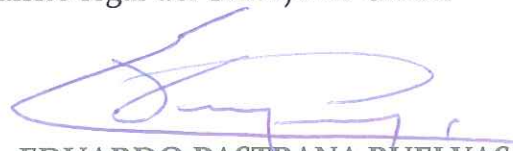
En Santiago de Cali, al primer (01) día del mes de Marzo del año dos mil dieciséis (2016); en un Aula de la Universidad Santiago de Cali, se reunieron en Calidad de Director de Trabajo de Grado, el doctor **EDUARDO PASTRANA BUELVAS**; de Asesor de Trabajo de Grado, el doctor **MARCO ANTONIO MACANA**, junto con la doctora **BELLAZMIN ARENAS QUINTANA** Directora de Posgrados Salud y Evaluadora del Trabajo de Grado y el estudiante **MARTIN RICARDO CAICEDO BASANTE** identificado con el número de cédula 79.293.598, autor del trabajo de grado titulado: **"EL IMPACTO ECONOMICO SOBRE EL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS E.S.E CON EL REGIMEN DE CONTRATACION ESTABLECIDO DURANTE EL AÑO 2011"**.

Inicialmente el autor hizo una exposición de su trabajo explicando el contenido y el método investigativo; luego el jurado interrogó ampliamente al alumno sobre el tema y sus respuestas fueron satisfactorias, razón por la cual le fue dada la aprobación al trabajo y declarado debidamente sustentado.

Se declara entonces cumplido con el requisito legal del Trabajo de Grado.



BELLAZMIN ARENAS QUINTANA
Directora Posgrados Salud
Evaluadora Trabajo de Grado



EDUARDO PASTRANA BUELVAS
Director Trabajo de Grado



MARCO ANTONIO MACANA
Asesor de Trabajo de Grado

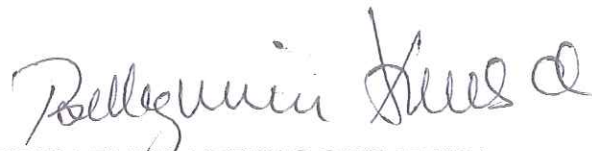


MARTIN RICARDO CAICEDO B.
Examinado

NOTA DE ACEPTACIÓN

3.0

TRES, CERO



BELLAZMIN ARENAS QUINTANA
Directora Posgrados Salud
Evaluadora Trabajo de Grado



EDUARDO PASTRANA BUELVAS
Director Trabajo de Grado



MARCO ANTONIO MACANA
Asesor de Trabajo de Grado

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

INTRODUCCION	4
CAPITULO 1 MARCO TEORICO Y JURIDICO	8
1.1 Sistema General de Seguridad Social en Salud, Empresas Sociales del Estado	8
1.2 Instituciones del Estado	15
1.3 Régimen de contratación	17
1.4 Régimen de contratación Estatal	18
1.5 Clases de contratación estatal.....	26
1.5.1 Contrato de consultoría.....	26
1.5.2 Contrato de concesión	26
1.5.3 Contrato de prestación de servicio	27
1.5.4 Contrato de obra	29
1.5.5 Encargos fiduciarios y fiducia pública.....	30
1.5.6 Operaciones de crédito público	30
1.5.7 Contratos de exploración y explotación de recurso naturales.....	31
1.6 Régimen de contratación privada	31
1.7 Clases de contratación privada	33
1.7.1 Contrato de permuta.....	33
1.7.2 Contrato de compraventa	33
1.7.3 Contrato de cesión de derechos.....	34
1.7.4 Contrato de arrendamiento	34
1.8 Instituciones Prestadoras de Salud	35
1.9 Empresas Sociales del Estado.....	36
1.10 Ley 80 de 1.993 estado actual y sus modificaciones.....	38
1.11 Ley 100 de 1.993 sus modificaciones y estado actual.....	39
CAPITULO 2 FUENTES DE FINANCIACION DEL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS ESE	43
2.1 Fuentes de financiación de las Empresas Sociales del Estado	43
2.2 Empresas Promotoras de Salud.....	44
2.3 Sistema de afiliación en salud regimen subsidiado.....	44
2.4 Sistema de afiliación en salud del regimen contributivo	45
2.5 Sistemas de afiliación en salud del regimen especiales	45

CAPITULO 3 INVENTARIO DE CONTRATOS DEL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS ESE47

- 3.1 Contratación del Hospital San Antonio de Barbacoas..... 47
- 3.2 Contratación de personal por nómina y provisionalidad 47
- 3.3 Contratación de personal por orden de prestación de servicios. 47
- 3.4 Contratación especial de personal 48
- 3.5 Contratación de asesorías 48

CAPITULO 4 CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN QUE EXISTE EN EL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS50

- 4.1 Pago a personal 50
- 4.2 Pago a proveedores..... 50

CAPITULO 5 CUMPLIMIENTO EN LA CONVOCATORIA PARA INSUMOS Y MEDICAMENTOS52

CONCLUSIONES55

REFERENCIAS57

INTRODUCCION

Es de conocimiento general que en nuestro país se vivió un momento histórico en el año de 1991, mediante el proceso de la constituyente el pueblo colombiano decide cambiar la Constitución Política de Colombia, con un ingrediente fundamental que permitió un marco jurídico más garantista para los ciudadanos colombianos. A partir de ese momento comenzamos entonces a hablar de un Estado Social de Derecho.

Bajo ese marco jurídico comienza un cambio importante en la prestación de los servicios de salud y educación, la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1991 en donde se descentralizan los recursos de salud y educación permitió que los entes regionales y locales jueguen un papel protagónico en la distribución de esos recursos. En este escenario aparece un recurso jurídico importante que manifiesta claramente la filosofía de la nueva constitución y es la Tutela, que defiende el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos, ya sabemos que la carta magna en los primeros capítulos habla precisamente de estos derechos apareciendo la salud como uno de ellos.

Ese derecho que aparece como derecho fundamental de primer orden, muchas veces ligado al derecho fundante de la vida, que hoy a la luz de los nuevos conceptos de salud, con el desarrollo de la sociedad, por si solo da para hablar que la salud es un derecho fundamental de primerísimo orden, por tanto un derecho inviolable respaldado no solo por nuestras normas, sino por el Derecho Internacional Humanitario.

Bajo esta serie de conceptos podemos hablar entonces de un sistema de Seguridad Social en Salud, sin olvidar claro está los dos temas importantes de que trata este Sistema como son los Riesgos Laborales y el tema de Pensiones.

En 1993 aparece una reforma a la salud, la Ley 100, cuyo aparición a la vida jurídica nacional pretendía solucionar la problemática de la salud en Colombia, sin embargo, como es de conocimiento público con la implementación de esta normatividad a mi juicio, no se colmó las expectativas que se esperaba e incluso me atrevo a decir que el Sistema de salud colapso en el transcurso de su implementación y lo más grave que el Estado perdió el control de la salud entrando en el escenario el capital privado con garantías políticas para competir con ventaja sobre las instituciones públicas que venían en desventaja no solo jurídica sino financiera.

Con este cambio sustancial aparecen los nuevos actores del Sistema de Salud, hablamos de Instituciones Prestadoras de Salud, Empresas Promotoras de Salud y obviamente como actor importante del sistema el paciente, dentro del primero tenemos la aparición de las Empresas Sociales del Estado que vienen a ser instituciones prestadoras de salud de carácter oficial, que en últimas serán las responsables de representar al Estado en la prestación de los servicios de salud.

Como se dijo anteriormente, hablando de los entes prestadores de salud, estas instituciones nacieron en desventaja con la presencia de las instituciones privadas ya existentes en el mercado, incluso cabe recordar que las famosas fundaciones representadas en su mayoría por entidades religiosas se fortalecieron antes de la Ley 100 con recursos estatales, por tanto ya tenían una infraestructura adecuada, músculo financiero importante, que les permitió entrar en ventaja para competir como instituciones de tipo privado con las mal administradas entidades estatales.

Por tanto, está plenamente establecida la grave crisis que presentaron las instituciones del Estado con la entrada en vigencia de la Ley 100, incluso algunas desaparecieron dejando solo el recuerdo de su Historia y el desaprovechamiento de la formación de gran parte de los profesionales del área de la salud.

Posterior a esos acontecimientos aparece cantidad de reformas al tema de la salud, aparece la primera reforma a la Ley 100, que es la Ley 1122 del 2007, y posteriormente la Ley 1438 del 2011, esta última reformada por la ya sancionada ley estatutaria ley 1751 del 2015.

Están establecidas en la diferente normatividad vigente las características especiales que administrativamente presentan las Empresas Sociales del Estado ESE. Uno de ellos es el sistema de contratación que estas presentan, que a nuestro modo de ver, puede ser uno de los principales factores entre otros de la crisis de la salud. Por otro lado, la estructura administrativa salpicada por politiquería y corrupción, que son también temas a tener en cuenta para tratar de descifrar los problemas existentes en la prestación de los servicios de salud. En ese aspecto se analiza claramente la forma de nombramiento de los gerentes de las Empresas Sociales del Estado y la conformación de las Juntas directivas.

En el presente trabajo se revisaron aspectos relevantes al tema de contratación, insistiendo en el tema de la contratación privada como tipo de contratación implementada por el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE, en el tema de la contratación estatal definiendo claramente sus

principios, además se mencionó algunos tipos de contratos más utilizados en estas instituciones de salud, esto con el fin de analizar el resultado administrativo y económico de esas empresas en particular.

Se establecieron las posibles consecuencias jurídicas que enfrentan las ESE como consecuencia de la falencia en la contratación en los diferentes procesos contractuales, especialmente de personal, insumos y medicamentos. Se identificó el impacto financiero como resultado de la implementación del manual de contratación vigente en el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE.

Por otro lado, se observó en el presente trabajo que el sistema de contratación implementado por esas Instituciones en ningún momento las blindó de que puedan presentar irregularidades al no implementarse los principios básicos de la contratación estatal, dando como resultado graves problemas de corrupción que afectan de manera significativa el normal desarrollo institucional de la entidad.

La investigación tuvo en cuenta la siguiente pregunta: ¿cuál es el impacto económico sobre el hospital San Antonio de barbacoas ESE con el régimen de contratación establecido durante el año 2011?, como objetivo general: identificar el impacto económico sobre el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE con el régimen de contratación establecido durante el año 2011, y como objetivos específicos:

1. Construir un marco teórico interpretativo relacionado con la contratación vigente en la institución.
2. Realizar un inventario de los contratos existentes en el año 2011
3. Identificar si el pago de proveedores y de personal que tiene la ESE están al día
4. Determinar si existen sobrecostos en la adquisición de insumos y medicamentos
5. Determinar si el régimen de contratación utilizado en la ESE es el adecuado
6. Analizar si el régimen de contratación tiene incidencia en la prestación de servicios de salud en la ESE

Para el desarrollo de los diferentes objetivos específicos se desarrolló una metodología descriptiva, cuantitativa y cualitativa, en vista de que se hicieron análisis financieros de los resultados encontrados con el fin de aportar a los objetivos específicos planteados, se utilizaron fuentes primarias que reposan en los archivos de la institución en la oficina que tiene

competencia para tener este tipo de información, también como fuente primaria se tuvo en cuenta los análisis que se realizaron por el investigador, además de fuentes secundarias. Se utilizó el enfoque Jurídico Institucional, por ser las Empresas Sociales del Estado unas instituciones que forman parte integral de los elementos que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud. En ese tipo de enfoque los autores iniciando por Aristóteles y Ostrogosky, Bryce, Rhodes entre otros, emplean palabras claves para el desarrollo del tema propuesto, por tanto es importante anotar que el poder, Estado, Ley, instituciones, constitución, división de poderes, legitimidad, autoridad, estatutos, competencias, estructuras entre otros, se tomaron como palabras clave. De igual forma, este tipo de enfoque resuelve las inquietudes que se tienen cuando se habla de instituciones públicas, sin embargo una parte fundamental del desarrollo administrativo y financiero como es la contratación se rige por el Derecho Privado.

CAPITULO 1 MARCO TEORICO Y JURIDICO

1.1 Sistema General de Seguridad Social en Salud, Empresas Sociales del Estado

La salud hace parte integral del Sistema General de Seguridad Social, desde el punto de vista histórico podemos manifestar: “los antecedentes próximos de la noción histórica de la seguridad social se remontan a las asociaciones gremiales y de trabajadores que diseñaron medidas previsionales desde la antigüedad hasta el surgimiento del capitalismo” (Rengifo, 1989 p. 156).

De tal suerte que para analizar el Sistema General de Seguridad Social en Salud es de importancia en forma breve hablar de la Teoría de Sistemas, en primer término mencionaremos la definición de sistema “Conjunto de diversos elementos que se encuentran interrelacionados y que se afectan mutuamente para formar una unidad” (Chiavenato, 2012 p. 89).

Como es bien conocido existe una clasificación de los sistemas que están íntimamente relacionados con el medio ambiente, bajo este principio pueden ser sistemas cerrados y sistemas abiertos, lógicamente el Sistema de Salud es un sistema abierto por su contenido multidisciplinario enmarcado dentro del concepto moderno de salud. Este tipo de sistema básicamente tendrá unas entradas y unas salidas relacionadas con los procesos y procedimientos existentes en las Instituciones de Salud.

Bajo este importante concepto podemos manifestar que dentro de la Administración de las Empresas Sociales del Estado y en el caso en concreto cuando hablamos del Hospital San Antonio de Barbacoas ESE es muy útil tener en cuenta el concepto de Sistema y enfocar allí su estudio para cumplir con los objetivos propuestos en beneficio de la comunidad que es atendida diariamente en esa Institución

Por otro lado, se puede sugerir que el Sistema de Salud es un Sistema Dinámico porque está en continuo cambio y movimiento acorde con la relación existente de índole ambiental, económico, de avance tecnológico, recursos físicos y financieros entre otros, que lo califica como un Sistema Complejo, el cual se caracteriza por estar compuesto de unos subsistemas de diversa estructura, que requieren de su conocimiento con el fin de llegar a cumplir los objetivos y metas esperadas, por ejemplo, podemos citar que en una Institución Hospitalaria se realizan varios servicios como son hotelería en las áreas de hospitalización, servicio de transporte por las ambulancias y demás vehículos que poseen esas Empresas, servicio de lavandería, aseo, y vigilancia, etc.

Mencionamos que todo lo concerniente sobre teoría de sistemas está basado en múltiples estudios del biólogo alemán Luwing Von Bertalanffy entre 1950 y 1968, bajo este tipo de conceptos es clara la relación del estudio de sistemas con la salud y más específicamente con las Instituciones Prestadoras de Salud como actores fundamentales del Sistema de Seguridad Social de nuestro país.

Ahora bien, en la América Precolombina existen antecedentes de la visión de satisfacer necesidades sociales, “la civilización Inca inicio con este tipo de procesos demostrados con el trabajo de la tierra y la satisfacción de las necesidades de tipo social.” (Henríquez, 1979, p. 21). Siendo importante resaltar que desde épocas muy antiguas y en los dos mundos, el ser humano se preocupaba por el bienestar en su vida cotidiana, de igual forma se destaca el Derecho Indiano, es decir el que controlaba las relaciones institucionales con normas y leyes entre España y América, al respecto dice Liévano:

De acuerdo con las reglamentaciones promulgadas para el régimen interno de los Resguardos, todas las ganancias conseguidas por la comunidad indígena en sus operaciones de venta en los mercados debían depositarse en una arca de tres llaves, y la una la ha de tener el Corregidor, la otra el Doctrinero y la otra el Cacique. Con el conjunto de tales entradas se ordenó formar el capital de las llamadas cajas de censos y bienes de comunidad de los indios, cuyos fondos debía utilizarse exclusivamente , de acuerdo con la Real Cedula de Felipe II, promulgada en Segovia el 13 de noviembre de 1.565 , en aliviar las necesidades de los indios, pagar sus tributos, atenderlos en sus enfermedades y financiar las cosechas y desarrollo de la comunidad, mediante la compra de semillas, instrumentos de trabajo, bestias de carga y ganado. (Liévano, 1995, p 156).

En ese orden de ideas, podemos manifestar que siempre ha existido la iniciativa de protección por parte de los Estados. En Colombia este concepto ha sido muy disperso, sin claridad, hasta el año de 1945. No obstante, se manifiesta que han existido períodos dentro del desarrollo histórico de la Seguridad Social en Colombia:

- Período de dispersión hasta el año de 1945
- Período de organización del sistema desde 1945 hasta 1967
- Período de expansión desde 1967 hasta 1977
- Período de cambios y crisis desde 1977 hasta 1990
- Período de reformas estructurales desde 1990 hasta la fecha.

Ahora bien, hablando del concepto de Seguridad Social podemos manifestar que es muy difícil llegar a determinar con claridad una definición, sin embargo, es importante manifestar que el término seguridad social no se debe confundir con instrumentos protectores como los seguros, este término es mucho más amplio y determina una serie de elementos de bienestar en todos los ámbitos de la persona y todo su entorno.

La expresión seguridad social es limitada. Se puede manifestar entonces, que es un mecanismo protector dirigido a remediar las consecuencias derivadas de los riesgos sociales a través de la existencia de los llamados seguros sociales existentes en la mayoría de los países. En Colombia esta terminología se ha ido reformando hasta la actualidad y tenemos entonces un sistema de seguridad social en salud que trata de acercarse a un modelo moderno, y de calidad en la prestación de los servicios de salud. Este sistema de igual forma implica una serie de elementos cuya condición es ejercer un mecanismo protector que debe garantizar el bienestar social, material y moral de los individuos en todas las etapas del desarrollo humano en cuando modo, tiempo y lugar, el cual debe estar reglamentado bajo las condiciones del Estado.

La seguridad social está entonces ligada a cada ordenamiento en particular o enmarcada dentro de las políticas de gobierno de cada país, depende sustancialmente de la financiación. En nuestro territorio la seguridad social es contributiva porque mantiene la financiación principalmente a través de las cuotas o contribuciones de los usuarios, demostrable con facilidad en el régimen de pensiones, de tal suerte, que la universalidad como principio no se cumple, igual sucede con los riesgos laborales.

Al respecto afirma Almanza:

Existen tres concepciones que se describen en la seguridad social, es limitado, contributiva y asistencial, siendo un indicador en el grado de desarrollo de un sistema de seguridad social de un país, en un momento específico de su historia y contribuyen también a evitar confusiones terminológicas. Así, es claro que puede utilizarse la expresión Seguridad Social tanto para describir un sistema típico de seguros sociales, un sistema de seguridad social contributiva o un sistema de seguridad social plena, en salud únicamente este término de seguridad plena haría referencia al sistema de salud de régimen subsidiado y demás regímenes especiales existentes en el territorio nacional. (Almanza, 1984 p. 134).

El autor referenciado al hablar de las prestaciones de la seguridad social manifiesta con claridad que “las contingencias indicadas y que se protegen a nivel de los diferentes sistemas de seguridad social existentes en el mundo se deberían clasificar en nueve grupos:

1. Asistencia médica por enfermedad
2. Prestaciones económicas por enfermedad
3. Prestaciones de desempleo
4. Prestaciones por vejez
5. Asistencia médica y prestaciones económicas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional
6. Prestaciones por invalidez
7. Prestaciones por muerte
8. Asistencia médica y subsidios económicos por maternidad
9. Asignaciones familiares

Sin embargo, estos nueve elementos no son estáticos, la misma organización manifiesta que en el tema de Seguridad Social debe haber desarrollo y hoy en día la seguridad social puede comprender temas impositivos especiales, vivienda o alimentos subsidiados, e incluso el suministro de transporte” (Organización Internacional del Trabajo). De tal modo que podemos decir que el sistema de seguridad social en Colombia básicamente estaría representado por los sistemas de salud, pensiones, riesgos laborales y sistemas especiales de beneficios para los ciudadanos de nuestra nación.

En otras palabras, en el Sistema de Seguridad social en Colombia entonces es claro, que las Empresas Sociales del Estado pertenecen al Sistema de Seguridad Social y más exactamente al sistema de Salud en lo referente a la prestación de los servicios en todas las clases de complejidad, pero quisiera señalar también que se debe dar importancia al primer nivel de atención, dando una importancia capital a los procesos de promoción y prevención de la salud.

Ahora bien, dentro de ese Sistema General de Salud en Colombia las ESE hacen parte integral de este sistema. Por otra parte podemos decir que la seguridad social es un derecho de rango constitucional, que plantea un asunto de especial trascendencia en el Derecho Constitucional Laboral, de Seguridad Social, y de Derecho Médico, que al tenor de la carta magna del 1991 es un derecho de segunda generación, sin embargo, algunos tratadistas lo consideran de primera

generación no conexo al derecho fundante de la vida, muy probablemente como consecuencia de las innumerables tutelas presentadas para defender el derecho a la salud.

No obstante, por siglos se ha tratado de abordar el tema de la definición de salud desde tiempos inmemorables, este tema ha tenido vital importancia para el ser humano, sin embargo, es importante abordar concepto moderno de salud. Iniciando con lo que dice la OMS como ente no gubernamental dependiente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Para la ONU, la salud es un completo estado de bienestar físico, mental y social del individuo y no solo la ausencia de enfermedad” (Organización Mundial de la Salud), a mi juicio personal la definición es ambiciosa y utópica, es discutible un completo estado de bienestar, el cual puede tener diferentes connotaciones de acuerdo con el sistema social en que se desarrolle un individuo. De modo que es claro tener en cuenta que ese concepto tiene la finalidad de buscar la salud del individuo, por tanto es importante mencionar la Salud Pública y el desarrollo de la Promoción y Prevención de la salud que “consolidan los conceptos de historia natural de la enfermedad, con los conceptos de prevención de la enfermedad” (Hugh Leavel, 1953, p.87).

El profesor Hugh Leavel muy distinguido utilizó esos dos términos en el tema de salud, los cuales tienen vigencia hasta nuestros días, porque en el momento los procesos de Promoción y Prevención de la enfermedad son de la esencia de la Salud Pública a cargo del Estado y dijo que el modelo de historia natural hace aparecer como causa de la enfermedad a las interacciones de un agente cualesquiera infecciosos en la mayoría de los casos un hospedero, el hombre, los animales o el ambiente, noción íntimamente ligada al concepto moderno de salud.

Es demasiado importante su estudio, porque Hugh Leavell atribuye este modelo causal a la Salud Pública y señala que este es su lugar, porque una vez se produce el desequilibrio, la medicina preventiva se encarga de restablecer ese equilibrio, acorde con la definición anterior de salud en donde se hablaba de que salud era un equilibrio entre salud y enfermedad. Siendo claro anotar que la salud pública debe estar presente en todos los estadios del tratamiento de la enfermedad no únicamente en el primer nivel de atención como normalmente se entiende, a mi juicio la promoción y prevención de la enfermedad que es la razón de ser de la Salud Pública debe estar presente en cada acto médico incluso en los niveles más complejos de atención.

De esa manera “los determinantes de la salud y la enfermedad están en un ambiente que incluye aspectos físicos, biológicos, sociales, culturales y económicos” (Da Silva, 1975 p. 137), este argumento es importantísimo para desarrollar el concepto de salud en Colombia y

fundamentalmente el protagonismo que tienen las instituciones Prestadoras de salud IPS, y por ende las IPS estatales que no son otra cosa que Empresas Sociales del Estado.

Las Empresas Sociales del Estado (ESE) pertenecen al Sistema General de Salud en Colombia, “son una modalidad especial de Instituciones Prestadoras de Salud IPS, cuando la prestación de servicios de salud se efectúa directamente por la nación o entidades territoriales” (Arenas, 2011, p. 509).

De modo que esas instituciones prestadoras (Da silva, 1975 p. 137) de salud son (IPS), pero destacaremos que por sus características especiales las podemos denominar IPS públicas, que representan las políticas de salud en el orden de la prestación de los servicios de salud del Estado, sin embargo, comparten características especiales que asemejan una connotación de entidades prestadoras de salud del orden privado, bajo esos parámetros pueden realizar contratación de orden privado, pero “constituyen una categoría especial publica descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas por la ley o por asambleas o consejos según el caso...” (Ley 100, artículo 194).

Esa definición presente en la Ley, hace que las Empresas Sociales del Estado, tengan una connotación muy especial, situación que ha sido aprovechada para realizar acciones que en ocasiones perjudican el normal desarrollo en la actividad de esas empresas.

Ahora bien, según concepto del Instituto Departamental de Salud de Nariño, “la contratación de las Empresas Sociales del Estado es tan diferente como Empresas sociales del Estado existan en el país.” de tal forma que se puede concluir de esta afirmación la complejidad que se presenta cuando se estudia el régimen de contratación vigente en cada una de esas empresas estatales.

De modo que si bien es cierto que las Empresas Sociales del Estado pueden por norma realizar una contratación de tipo privado, también es cierto que la norma prevé algunas cláusulas que deben estar incorporadas en la contratación de las ESE, principalmente los principios de transparencia y la incorporación de algunas cláusulas exorbitantes propias de la contratación estatal.

Como ya se comentó las ESE son empresas prestadoras de salud de orden especial, en últimas I.P.S de orden público, por tanto esta entidades catalogadas como empresas no cuentan con una Asamblea general de socios, a diferencia de las sociedades particulares o mixtas que conocemos, pero es importante manifestar que si tienen una junta directiva en donde por ley los entes locales o regionales tienen dos miembros, uno de ellos es ya el presidente de la junta que puede ser el

gobernador o el alcalde, según el ente territorial, el Secretario de salud o director local de salud del Municipio y el Secretario departamental de salud del departamento respectivo es el segundo miembro del Estado, generalmente los tres miembros restantes, uno pertenece a la comunidad que son representados por las ligas de usuarios, otro miembro es representado por los profesionales del área de la salud, con la condición que sean empleados de nómina, un miembro en representación del área administrativa igualmente con la característica de ser profesional y de nómina. En instituciones de un nivel de complejidad mayor generalmente pueden tener 7 miembros, representados por las asociaciones científicas y otro por los gremios económicos. Sin embargo, como dije anteriormente dos miembros de la junta ya son de la administración, es obvio que ya existe una favorabilidad en la conformación de la junta directiva de la ESE respectiva. En favor de la administración Municipal o Departamental de turno.

Conocemos que la Junta Directiva es un órgano facultativo en algunas sociedades como las colectivas, comunitarias y de responsabilidad limitada, en otras como las anónimas son obligatorias, los miembros de esas juntas directivas son elegidos por la asamblea general de socios, en Las Empresas sociales del Estado como se manifestó anteriormente sus integrantes tienen características especiales, se eligen de acuerdo a la norma. La contratación más relevante es en insumos y medicamentos en donde según la junta directiva se hace el acuerdo para contratar con montos que superan el presupuesto de la ESE. Situación muy grave porque el control existente es mínimo. Por otro lado, debemos mencionar la existencia de diferentes contratos de personal, a saber: contratación por nómina, orden de prestación de servicios y de libre nombramiento y remoción, entre los contratos más comunes. Es de trascendencia hablar de contratación estatal por ser estas instituciones pertenecientes al Sistema general de Seguridad Social en Salud, esta contratación estatal tiene su origen en el presupuesto enmarcado en lo que se denomina gasto público.

Al respecto dice Restrepo:

Para efectos de la definición y priorización a que hace referencia el artículo 350 de la Constitución Política, decía el proyecto de artículo reformativo del 41 del vigente estatuto, constituyen gasto público social las apropiaciones para satisfacer los objetivos primordiales del Estado destinados a la solución de necesidades básicas insatisfechas de salud, saneamiento ambiental, agua potable. (Restrepo, 2010, p. 17).

Como podemos ver aquí se encierra gran parte de la definición moderna de salud por tanto es evidente la participación del Estado en su conjunto para llegar al fin de obtener salud para todos.

En otras palabras, el tema importante es conocer también el manejo presupuestal estatal, en donde con la figura de convenios interadministrativos principalmente con la Nación, las Gobernaciones y Municipios, Las Empresas Sociales del Estado pueden acceder a recursos importantes para su crecimiento. Los cuales son adicionados al presupuesto anual de estas empresas por orden de la junta directiva, en su mayoría les aprueban recursos para ser utilizados en contrataciones de forma directa amparados en la ley con presentación de requisitos mínimos y en su mayoría presencia de corrupción administrativa con beneficio propio, sin embargo la ley les recuerda que deben existir por un lado los principios constitucionales de la eficiencia u optimización de los recursos, economía o sea mejores condiciones de precios en igual calidad, eficacia en donde se deben cumplir metas y finalidades y equidad ósea igualdad para los receptores.

De igual forma se habla de los principios legales de la contratación de las entidades públicas, “a saber, transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, conmutatividad y por ultimo equilibrio económico.” (Ley 80 de 1993 artículo 2).

Por último, se menciona la facultad de estas Instituciones para utilizar las llamadas cláusulas exorbitantitas que son propias de la contratación estatal, la presencia de estos elementos marcan la diferencia fundamental entre contratación pública y Contratación en Derecho Privado. Las cláusulas exorbitantes permiten unas condiciones ventajosas en primer lugar para las entidades del Estado, pero lo más importante es que exigen un régimen de contratación que permite que estas instituciones se enmarquen dentro de los principios generales de la contratación exigiendo un mayor control en los diferentes actos administrativos que conlleva al ejercicio de contratar.

1.2 Instituciones del Estado

En términos generales las instituciones son componentes importantes en el desarrollo de la Economía Pública y privada de un país, representando sus intereses políticos, sociales y económicos, clásicamente Haider afirma:

Son mecanismos de índole social, cooperativo y estatal, que procuran ordenar y normalizar el comportamiento de un grupo de individuos que puede ser cualquier dimensión, reducido

o amplio, hasta coincidir con toda una sociedad. Las instituciones trascienden las voluntades individuales, al identificarse con la imposición de un propósito considerado como un bien social, es decir, normal para ese grupo. Su mecanismo de funcionamiento varía ampliamente en cada caso, aunque se destaca la elaboración de numerosas reglas o normas que pueden ser poco flexibles o amoldables. Es importante tener en cuenta que las instituciones son creaciones idealistas regladas por normas de un país. (Haider, 2012 p.42).

En ese contexto es importante manifestar que la Constitución Política de Colombia como norma de normas juega un papel definitivo en el desarrollo de las actividades de estas empresas, de igual forma se debe tener en cuenta que son de carácter constante hasta que la reforma a la norma así lo estime pertinente y siguen existiendo a pesar de que las voluntades de los directivos o administradores de ellas ya no existan. Por tal motivo en el mundo jurídico en caso de ilícitos cometidos por las personas, como representantes legales, los procesos se enmarcan hacia los recursos, en este caso de las Empresas Sociales del Estado, generalmente respondiendo con recursos financieros.

En los diferentes escenarios del desarrollo de un país existen las instituciones como entes creadoras de las políticas a seguirse en un periodo de tiempo determinado, este periodo generalmente coincide con el periodo de gobierno del presidente en el caso del país, o con el gobernador y alcalde en el departamento o municipio respectivamente. La importancia que tienen las Empresas sociales del Estado como Instituciones prestadoras de salud, claramente son instituciones del Estado en el sentido estricto de la palabra, sin embargo en el marco constitucional este tipo de instituciones son de tipo especial como se ha comentado y es claro exponer que la ley las define como “ 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 sujetarán al régimen previsto en la ley 100 de 1.993, la Ley 334 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen” (Ley 489 de 1998).

1.3 Régimen de contratación

La base fundamental de este trabajo hace referencia al tema de contratación que LA ESE debe realizar. Por esta razón analizaremos el tema de la contratación como parte fundamental del desarrollo legal de estas instituciones.

Cuando se habla de contratación según algunos tratadistas está íntimamente relacionado con el tema de la negociación, por tanto es tratado desde la antigüedad hasta llegar a la situación actual. Es importante precisar que el contrato tanto privado como público ha tenido y tiene una función adecuada para la satisfacción de unas necesidades y la solución de unos conflictos o dificultades, para los cuales de acuerdo a la situación histórica fueron concebidos como tales, por tanto se debe tener presente que tanto el Estado como la sociedad civil día a día se enfrenta a una diferente forma de contratación.

En la sociedad primitiva no existía realmente un contrato como tal, sin embargo, se realizaron algunos aspectos que en lo posterior de forma lenta se formalizaron, por ejemplo cuando se acude al intercambio de objetos teniendo en cuenta el uso, luego cuando se sigue con el intercambio de cosas pero teniendo en cuenta la valoración de las mismas, luego cuando se hacen públicamente y por último cuando aparece la voluntad del individuo en la realización de actividades sobre todo de tipo comercial.

Lafont afirma:

Existe una función básica contractual en el Derecho Romano en donde aparecen en primer término los contratos reales en donde se debían perfeccionar con la entrega de la cosa, entrega del dinero o cosas fungibles contrato de comodato en donde se entrega la cosa de manera gratuita para su uso y su restitución posterior. El depósito como el convenio mediante el cual se entregaba la cosa para que fuera guardada y restituida más adelante. Prenda como aquel mediante el cual se entrega una cosa mueble en garantía del pago de una obligación (Lafont, 2001 p. 10).

Luego están presentes los contratos consensuales, como aquellos que se perfeccionan por el solo convenio de consentimiento, como ocurre con el contrato de venta, esto es, aquel en virtud del cual se entrega una cosa a cambio de una suma de dinero. El arrendamiento como aquel convenio mediante el cual se entregaba una cosa real para su uso y goce a cambio de un precio, o se presta

un servicio, o se encarga la realización de una obra. El contrato de sociedad como aquel convenio mediante el cual dos o más personas aportan bienes, trabajo, o ambas formas presentes o futuras con el ánimo de conformar un capital para obtener unas utilidades en favor de la sociedad entre otros.

Los contratos innominados, como aquellos que carecían de una denominación específica pero caracterizada porque tenían una causa en la prestación del otro, al respecto Garrido dice:

Los contratos en el feudalismo básicamente nacen con la caída del imperio romano, este tipo de contratos fueron estructurados básicamente como contratos propiamente dichos o también conocido por algunos tratadistas como los llamados pactos vestidos, es principalmente a que tienen la característica de ser eficaces y se tornan obligantes para las partes, conocemos entonces los reales como en el Derecho Romano que se legalizan o formalizan a través de la entrega de la cosa (Garrido, 1987, p. 57).

Siendo importante mencionar ya la existencia del contrato verbal, los consensuales en cualquiera de sus formas que se perfeccionan mediante el consentimiento de los participantes en el contrato, los llamados pactos accesorios sin perjuicio que acceden a uno principal, los contratos innominados en todas sus formas.

De tal suerte que en el tiempo actual podemos intuir que en el tema de la contratación se han desarrollado unos principios que van a demostrar la eficacia o la ineficacia de los mismos, cuya regulación se encuentra fundamentada y edificada precisamente en estos principios de acuerdo al origen de la contratación sea Estatal o privada, estos conceptos tendrán validez jurídica y ley para las partes previo un acuerdo de voluntades.

1.4 Régimen de contratación Estatal

Para hablar de contratación estatal partiremos de la definición que aporta Lafont “en términos generales puede decirse que un contrato estatal es aquel contrato en el cual una o ambas partes contratantes son entidades públicas o estatales ” (Lafont, 2001 p 87), bajo esta definición aparecen las diferentes formas de instituciones públicas del orden Nacional, Departamental y Municipal en todos los aspectos de la vida de los servicios, las Empresas industriales y Comerciales del Estado en donde existe una similitud con las Empresas Sociales del Estado,

aclaro esta situación por la connotación que este tema tiene dentro del marco jurídico de las ESE, en sus implicaciones y consecuencias.

Sin embargo, es importante mencionar algunos conceptos y definiciones que acercan si se permite el término al régimen de contratación estatal y al régimen de contratación privada en donde las similitudes denotan importancia, el Profesor Gómez menciona en uno de sus tratados de contratación estatal en donde hace relevancia a los aspectos para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos, citando al escritor francés Jean Rivero:

Por una parte la administración celebra contratos idénticos a los de los particulares, tal como están definidos y regulados por el Código Civil: compras, venta, seguro, etc. Pero la administración puede celebrar también ciertos actos, que si bien son de naturaleza contractual, ya que se basan en acuerdo de voluntades, están sin embargo sometidos a reglas diferentes de aquellas que rigen los contratos ordinarios. Forman en la mas de los contratos de la administración la categoría de los contratos administrativos: obra pública, suministro, concesión de servicio, empréstito, etc. (Gómez, 2012 p. 11).

En otras palabras, como la contratación estatal está presente en la vida jurídica de las Instituciones públicas, siendo la Constitución la norma que regula la vida del Estado, haremos un comentario sobre los principios constitucionales de la función administrativa artículo 209 de la Constitución y 3 del Código Contencioso y la jurisprudencia.

De modo que el principio de igualdad significa dar a todos el mismo tratamiento, moralidad que no es otra cosa que actuar de conformidad con principios éticos y morales, eficacia cumplir con la finalidad de los procedimientos no importa la cantidad de recursos que se inviertan, economía agilizar decisiones y procedimientos, celeridad impulso oficioso de procedimientos y tramites, imparcialidad garantizar derechos de todas la personas sin discriminación, publicidad dar a conocer las decisiones y finalmente el de contradicción en donde las partes tienen el derecho a controvertir decisiones.

Pero existen también los principios legales de la contratación de entidades estatales del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

La transparencia, concebido como aquella regla que impone la necesidad de lograr objetividad en la actitud intelectual y por tanto en forma pública e imparcial con el propósito de asegurar escogencia objetiva y moralidad, por lo que en tal virtud se adoptan por lo general licitaciones o concursos públicos; publicidad de las actuaciones, posibilidad de intervención de cualquier interesado; decisiones adoptadas de acuerdo a la función y al interés público, motivación de las decisiones, etc. El principio que debe llamarse de transparencia pública contrasta con el de reserva privada, en donde los particulares solo están obligados a hacer visibles y objetivos a través de su declaración de voluntad manifiesta de conformidad con los artículos 24 de la Ley 80 de 1993 y artículo segundo de la Ley 1150 del 2007.

El principio de Economía, podemos hablar de calidad en términos de administración de cualquier tipo de entidad, a tener en cuenta la efectividad, en donde se debe dar importancia a la actividad contractual estatal que busque el mejor provecho al menor costo, haciendo las previsiones pertinentes, estudios, controversias y dificultades, reservas y compromiso presupuestales para prestaciones de estimativos de ajuste, con cláusula de actualización de precios, simplificación de procedimientos e intervenciones, así como en su celebración, deserción, ejecución, garantías del contratista, es decir un estudio minucioso para evitar errores, sin complicar la situación, ya se ha manifestado que la demasiada imposición de normas y decretos que regulan la contratación estatal hace que la administración sea lenta.

Principio de responsabilidad, se trata de aquellas reglas que imponen a todos los intervinientes obrar con todas las predicciones, diligencias y rectitudes necesarias, en el proceso de contratación, afín de que se aplique la ley, la ética, la justicia y demás preceptos en las licitaciones, celebración y ejecución del contrato, por lo que puede incurrir en responsabilidades civiles, penales en caso de afectaciones, daños a otros, contrataciones artificialmente bajas, ocultamientos, sin perder de vista que los actores que llevan a cabo la contratación son funcionarios públicos que les cobija el peso de la ley, aplicar la responsabilidad es actuar acorde al manual de funciones.

Principio de selección objetiva, debe ser aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable de la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general o cualquier clase de motivación subjetiva, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tal como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de

condiciones o términos de referencia sobre el análisis previo de suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido.

En cuanto al principio de conmutatividad, podemos decir que su principal característica es el equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato, que deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

Por último hablamos del principio de equilibrio económico, es una proporción equitativa entre los valores de los objetos o los hechos debidos, que tratándose de contratos administrativos, por ejemplo, se trata de un reajuste del precio con miras a garantizar el equilibrio financiero del contrato y que pretende mantener al contratista el provecho económico que esperaba. (Gómez, 2007 p. 78).

Ahora bien, autores como Pedro Lafont Pianetta describen el principio de la función administrativa, como aquel que indica que la función administrativa, aquí contractual, debe dirigirse hacia los intereses generales y desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, y contradicción. (Lafont, 2.001, p. 199).

Siendo de interés para efectos de un mayor conocimiento anotar el principio de la función administrativa a que hace referencia el profesor Lafont Pianeta, en razón de que las ESE como empresas de carácter Público, como hemos mencionado a lo largo del trabajo, en sus múltiples funciones y procesos administrativos relieves la importancia en el accionar de esas instituciones como parte integral del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia.

Así mismo, se manifiesta igualmente que son aplicables en el proceso de contratación pública los principios particulares del Derecho Administrativo, entre otros podemos resaltar los siguientes:

Los de limitación funcional, en el sentido de que las funciones deben estar detalladas en la ley o en el reglamento correspondiente; el de legalidad de los actos administrativos; y el de responsabilidad de los servidores públicos por infracción de la constitución y las leyes, y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Importante señalar también que es requisito fundamental, además de ser particulares, deben estar presentes cuando se celebran contratos estatales de cualquier índole. Hablamos entonces, del formalismo que deben tener, ya que están sujetos a procedimientos y formalidades, salvo excepción. La prerrogativa de la administración porque de un lado existe desigualdad del Estado frente a la otra parte cuando se le otorga facultades de modificación unilateral en caso de incumplimiento del contratista, por otra parte las cláusulas exorbitantes otorgan derechos especiales como el de imposición de multas en caso de incumplimiento entre otras.

Los presupuestos contractuales, generalmente, previa la celebración del contrato, existen algunos presupuestos contractuales entre los cuales se puede mencionar los siguientes: Preexistencia de las partes, en lo que respecta a esta característica es importante manifestar que son la entidades públicas o estatales como partes contratantes, o por lo menos una de ellas, y el particular o contratista. Excepcionalmente, los dos contratistas pueden ser particulares, pueden ser jurídicas las alianzas estratégicas como uniones temporales o consorcios. En ocasiones este tipo de alianzas se las realiza para cumplir requisitos que la contratación exige y una empresa no la cumple, en ocasiones se generan suspicacias de favorecimientos, llevando como consecuencia irregularidades en la prestación del servicio, debe existir en un momento dado la autorización legal contractual. La entidad debe estar autorizada legalmente para celebrar el negocio o el contrato correspondiente, lo cual se encuentra en la constitución, las leyes o los reglamentos pertinentes, no olvidar de los registros en las Cámaras de Comercio. Mencionamos el Registro de proponentes, el cual es necesario para la celebración de cierto tipo de contratos que los proponentes estén registrados en la Cámara de Comercio de su respectiva jurisdicción, este registro se caracteriza por ser único y nacional y por consiguiente válido para todas las entidades estatales que se verifica ante la entidad mencionada, con base en formularios y documentos previamente establecidos.

La selección objetiva del contratista, la cual puede realizarse bajo tres modalidades, la licitación o procedimiento mediante el cual la entidad correspondiente convoca públicamente a los

interesados para que con libertad de concurrencia y participación de los licitantes u oferentes de acuerdo con el pliego de condiciones presenten ofertas debidas para luego después de su evaluación seleccionar entre ellas la más favorable, teniendo en cuenta la regulación prevista para tal efecto y concluyendo en el acto de adjudicación, luego tenemos la invitación pública, ésta se realiza para celebrar contratos relativos a estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, se adjudica a uno de los interesados en señal de constituir la oferta más favorable, por ultimo tenemos la contratación directa, mediante la cual, sin previa licitación o concurso, se escoge con cierta discrecionalidad el contratista con el cual se va a celebrar el contrato, lo que ocurre con contratos de menor cuantía por ejemplo, o empréstitos administrativos con excepción del contrato de seguros, prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puede encomendarse a cierto tipo de personas naturales o jurídicas.

La contratación estatal tiene unos elementos, en cuanto a la celebración misma del contrato, ella se efectúa una vez adelantado la preparación teniendo en cuenta que para su conformación se requiere los elementos de fondo, de competencia y capacidad, consentimiento o acuerdo de voluntades, objeto y contenido y causa, así como los elementos de forma, relativos a la solemnidad. El primero de esos elementos es la competencia y capacidad contractual. Por el lado, de la entidad pública se requiere la competencia debida y por el lado del contratista se necesita capacidad, esta capacidad se termina de acuerdo con las reglas generales del Derecho Civil y Comercial respecto de ambas partes contratantes que pueden ser una o varias, en este último caso pueden ser conjuntas o consorciales, pero excluyendo aquellas que presenta inhabilidades o incompatibilidades. El segundo elemento es el acuerdo de voluntades que además de los requisitos generales establecidos por el Derecho Civil y Mercantil tiene el carácter de solemne por cuanto debe costar por escrito, bien sea privado o público, y que deberá ser una escritura pública en los contratos que así lo exijan excepto cuando el valor del contrato sea igual o inferior a la cantidad de salarios mínimos previstos en la ley. En ese caso los contratos deberán ser ordenados por el representante legal de la empresa estatal y en caso de urgencia manifiesta. Por esta razón por lo general los contratos se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve a escrito, pero para la ejecución se requerirá la aprobación de la garantía y de la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente.

Dentro del acuerdo de voluntades es importante señalar que existen unas cláusulas que resultan obligatorias y son las llamadas cláusulas exorbitantes como son: La interpretación unilateral que permite a la entidad estatal mediante acto administrativo interpretar unilateralmente el contrato ordenado si fuere el caso las compensaciones, indemnizaciones o contraprestaciones relativas al equilibrio financiero del contrato que obligatoriamente puedan ser optativos y no obligatorios en los contratos de suministros, la segunda cláusula es la modificación unilateral que le permite a la entidad modificar el contrato para evitar su paralización o la afectación grave de servicios públicos que deba satisfacerse, introduciéndose la variación necesaria mediante acto administrativo motivado, con los ajustes de valores y contraprestaciones a que haya lugar y con el Derecho del contratista a renunciar a continuar la ejecución cuando las modificaciones sean igual o superior al 20 por ciento del valor inicial, la tercera cláusula obligatoria es la de terminación unilateral que permite a la entidad estatal darle terminación anticipada al contratista cuando las exigencias del servicio público lo requieran, el orden público lo imponga, la muerte o incapacidad del contratista, la interdicción judicial o la quiebra y la cesación de pago, concurso de acreedores o embargos judiciales que afecten gravemente el cumplimiento. La cuarta cláusula es el del sometimiento a las leyes nacionales, salvo las excepciones legales, para el contrato celebrado en el exterior que ha de regir por fuera del país, los contratos celebrados en Colombia que dejan de ejecutarse en el extranjero, y la del contrato financiado con fondos de organismos multilaterales de crédito celebrados con personas extranjeras de derecho público, la quinta cláusula es la de caducidad, que le permite a la entidad estatal dar por terminado y ordenar la liquidación del contrato en que se encuentre mediante acto administrativo motivado. La sexta cláusula es la de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales en donde al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser de propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna.

Por último dentro de los elementos del contrato se debe anotar la causa, que está constituida por el fin público que persiguen este tipo de contratos, en estos casos hablamos de las finalidades de los contratos en donde por un lado el contrato debe lograr el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de sus fines, por otro lado la de obtener utilidades cuya protección garantiza el Estado, cumpliendo una función social.

Ahora bien, el contrato estatal tiene un sistema que pasa por diferentes etapas, podemos destacar las siguientes: la formación y responsabilidad, en donde luego de que la institución decide contratar inicia el proceso de formación, es decir nace el contrato a la vida jurídica teniendo en cuenta los principios de legalidad y buena fe. Por otro lado, los efectos contractuales en donde es importante manifestar que estos efectos no solo se producen entre las partes contratantes, sino que pueden afectar a terceros. En este caso las entidades estatales adquieren los derechos y los deberes relativos a la ejecución idónea y oportuna de la gestión, control y sanción, revisión de precios, revisión periódica de obras, verificación de calidad de bienes y servicios, exigencias de indemnización y llamamiento en garantía entre otras. Estas responsabilidades son del Estado en relación a las actuaciones, abstenciones, hecho u omisiones antijurídicas que le sean imputables por parte del contratista si es particular deberán responder civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual acorde a la ley. Existen además controles por parte del Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación por delitos que se pudieren cometer en cualquier etapa del contrato, además de existir las controversias entre las partes en donde las diferentes formas de conciliación tienen importancia, por último se encuentra la extinción, en donde el contrato obligatoriamente debe liquidarse sin importar como haya terminado, esto debido a la existencia del tipos especiales de elementos y cláusulas presentes en el contrato. Esto se realiza mediante acto administrativo que ordene su terminación.

El régimen de la contratación estatal proferido en la Ley 80 de 1993 es dual, tiene el carácter de una actividad reglada especial propia del derecho Administrativo, que dispone la aplicación principal de las reglas de contratación de la referida ley, sometida al control disciplinario, fiscal y penal, sin embargo este rasgo matiza con el inciso primero del artículo trece de la ley 80 del 93, el cual abre las puertas a la privatización del Derecho contractual público al permitir la aplicación subsidiaria del Derecho Civil y Comercial.

Al respecto Gómez dice:

Desde 1993 y casi 20 años después, lo que existe hoy es muy distinto a un estatuto exclusivo y a una categoría unificadora, hablando del Derecho Administrativo, lo contencioso administrativo y demás categorías de Derecho. Todo esto se podría sintetizar en la categoría de la contratación pública, que se origina en recursos públicos. Al cabo de dos décadas, Colombia se caracteriza por la proliferación de normas aplicables respecto de

la contratación pública, o con recursos públicos y en medio de esa pluralidad de regímenes cuenta con 161 normas o fuentes aplicables, sin técnica normativa ni seguridad jurídica (Gómez, 2007, p.127).

Esta situación es muy compleja y permite cierto tipo de artimañas para evadir responsabilidades propias del contratista con el perjuicio del erario público. La cantidad de reformas que se hacen en la contratación estatal sin duda llevan a desconocimiento de la norma, su aplicación tarda y esto profundiza la crisis de la salud.

1.5 Clases de contratación estatal

Por ser el Hospital San Antonio de Barbacoas una Empresa Social del Estado en este aparte analizaremos con mayor énfasis los tipos de contratación que más se utilizan en esa entidad.

1.5.1 Contrato de consultoría

Se los define como “los que celebran las entidades estatales para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios y diagnósticos, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, se les asigna el mismo carácter a los contratos de interventoría, asesoría, gerencia de obra o proyecto, dirección, programación y ejecución de diseño, planos anteproyectos y proyectos. Tiene como particularidad que ninguna obra del interventor podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencia y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”. (Artículo 32 ley 80.)

En este tipo de contratación las empresas sociales del Estado se amparan para contratar asesorías de todo tipo llámense jurídicas, financieras, contables, etc., incluso se puede contratar la ejecución del mantenimiento hospitalario que es del 5 % del presupuesto total de la entidad en donde no se miran perfiles adecuados.

1.5.2 Contrato de concesión

También se les define como los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, cooperación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación, conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o uso público así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo

del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que pueda constituir en derechos, tarifas, tasa, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única y periódica, en general cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden” (Art 32. Núm. 4, Ley 80 de 1.993).

1.5.3 Contrato de prestación de servicio

Son aquellos que “celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan ser realizadas con el personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral y prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable” (Ley 80 de 1993 artículo 32). En salud esta norma es muy difícil de cumplir, con la creación de las Empresas Sociales del Estado y la respectiva descentralización de la salud y educación, el personal existente es muy escaso y con el paso de los años únicamente se inicia la contratación por orden de prestación de servicios, a pesar de que existen circulares emanadas por los entes de control, principalmente de la procuraduría en donde manifiesta claramente que estas entidades deben iniciar procesos de concurso con la finalidad de proveer cargos de carrera administrativa con recursos tanto del orden Nacional, Departamental, Municipal o con recursos propios, sin embargo existe dificultades económicas enormes y prácticamente desde su creación ninguna de ellas ha incrementado el personal de carrera, por el contrario sigue en aumento la informalidad y contratos donde entidades privadas o como anteriormente presente la tercerización en la contratación de personal que tanto daño le ha hecho al desarrollo de la seguridad social en salud en Colombia.

En este tipo de contratación estatal, la más utilizada por las Empresas Sociales del Estado enfatizaremos un poco más en la razón de ser de esta contratación. En este campo tenemos lo referente a la contratación de prestación de servicios profesionales. Donde Gómez expresa:

Se manifiesta que corresponde a aquellos contratos de servicios de naturaleza intelectual que se celebran con personas naturales o jurídicas en razón a sus conocimientos especializados y experiencia en determinada materia. Como se desprende de su denominación, es requisito sine qua non que, para el desarrollo de las actividades, el

contratista cuente con un título profesional que acredite los conocimientos y la formación propia de una profesión reconocida por el Estado y que demuestre idoneidad y experiencia relacionada con el área de que se trate. No podrán celebrarse contratos estatales bajo esta modalidad de servicios profesionales con personas que hayan obtenido el título de técnicos o tecnólogo. (Gómez, 2009, p. 151).

Las actividades a que se refiere el objeto contractual necesariamente tendrán que estar relacionadas con aquellas propias del ejercicio de la profesión del contratista, sin olvidar la presencia de conocimientos intelectuales específicos sobre la materia. Esto es si la persona a pesar de haber obtenido un título universitario, pretende realizar actividades distintas a las inherentes a su profesión, el contrato podrá catalogarse de servicios profesionales y habrá que estudiar la tipología que le corresponde, lo que de estar sustentado en los estudios previos que dieron origen a la contratación. Bajo esta modalidad se encuentra la contratación de labores de apoyo misional a una entidad, o los de apoyo a las áreas administrativas, financiera o de gestión jurídica. Siempre que las actividades no puedan realizarse con persona de planta o requieran de conocimientos especializados.

Por otro lado, tenemos los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión o corresponde aquellos contratos de servicios de naturaleza intelectual, operativa, logística o asistencial que se celebran con persona natural o jurídica en razón a sus conocimientos especializados y experiencias en determinada materia o asuntos. En tratándose de personas naturales a diferencia del contrato de prestación de servicios profesionales, no se distingue la titulación de una profesión universitaria, pero si la acreditación de conocimientos específicos, experiencias en la materia que quiera contratarse o determinadas destrezas. Es el caso también de los técnicos, tecnólogos o personas que han realizado cursos en formación avanzados o estudios para cumplir labores intelectuales o de gestión especializada. Con las personas jurídicas su objeto social debe estar directamente relacionado con el objeto contractual que pretende realizarse, de acuerdo a la ley los contratos de apoyo a la gestión únicamente pueden realizarse para el desarrollo de actividades intelectuales, operativas, logísticas, o asistenciales.

Los contratos de prestación de servicios artísticos con persona natural, ya manifestamos que acorde a la ley 80 de 1993 en su artículo 41 manifiesta que este tipo de contratación es intuitu persona y sobre esas base se funda la prohibición de ceder los contratos de prestación de servicios

que se celebran con personas que cuentan con condiciones o calidades personales excepcionales y por la misma razón se excluye la realización de cualquier proceso de selección y su contratación se lleva a cabo en forma directa. Esta claridad se expresa en el inciso 3 del artículo 1 del Decreto 4266 del 2010 que manifiesta que para la contratación de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación con el respectivo contrato.

La contratación con persona jurídica, en relación a su modalidad señalaremos lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 3 de diciembre del 2007. “Es posible su celebración con personas naturales o jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados. Y no obstante que la norma no lo señale, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas. A pesar de esto algunos autores manifiestan que si existen límites para contratación directa previstos en la Ley 80 y solo se podría contratar en casos especiales. Cuando esté debidamente demostrado y justificado que como ninguna otra, esa persona jurídica es la que cuenta con una experiencia, idoneidad o capacidad jurídica específica para cumplir con un objeto determinado, u hoy en día hay personas naturales que tienen contratos o relaciones de exclusividad o de trabajo con una persona jurídica. En el evento en que la idoneidad y experiencia que se requiera sea la de esas personas naturales en condiciones aún más excepcionales, se puede contratar a la persona jurídica al amparo de ese contrato de exclusividad o vínculo laboral demostrado” (Consejo de Estado, 2007).

1.5.4 Contrato de obra

Se lo define como el que “se celebra una entidad estatal para la construcción, mantenimiento, instalación en general, para realizar cualquier otro trabajo material sobre inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. En este caso la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en la ley” (artículo 32 Ley 80). Este contrato de obra puede ser por proceso global o alzado y por precio unitario según que la contraprestación se una suma fija global o se el valor total de la suma los precios por unidades o cantidades de obra ejecutados, siendo en ambos casos el contratista el único responsable por la

vinculación del personal, subcontratos y adquisición de materiales. También puede por administración delegada y concesión, según el contratista obre en la ejecución del contrato por cuenta y riesgo de la entidad contratante sin perjuicio de que también responda de los contratos que celebre, que se le encargue, tanto en la ejecución de la obra como la explotación del servicio que encierra la concesión. Así mismo, dicho contrato puede ser llave en mano o mixtos, según que un mismo contrato comprenda conjuntamente pluralidad de objetos de una misma obra, o que combinen objeto de obras públicas con otros. Finalmente, la selección de los contratistas de obra es por lo general mediante licitación pública o concurso de méritos, y excepcionalmente mediante contratación directa.

1.5.5 Encargos fiduciarios y fiducia pública

En cuanto a su procedencia, “se dispone que los contratos de fiducia publica, solamente cuando la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal o Distrital así lo autorice y los encargos fiduciarios con sociedades fiduciarias autorizados por la Superintendencia Bancaria solamente pueden tener por objeto administrativo o manejo de recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren, sin perjuicio de que dichos fondos se destinen a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales o a otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras, y del pago oportuno de los graduados, además la normatividad exige limite en los objetos mencionados, indique plazos destinados, no contemple la delegación de la adjudicación de contratos por parte de la sociedad fiduciaria ni existencia de remuneración con cargo a rendimientos de fideicomiso, selección por licitación o concurso de la sociedad fiduciaria, sujeción de su ejecución a las disposiciones especiales, sometimiento a la inspección y vigilancia financiera y fiscal. Es importante manifestar que la fiducia que se autorice para el sector público en esta ley nunca implica transferencia de dominio sobre los bienes o recurso estatales, y continuara el patrimonio autónomo propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de la responsabilidad propia del ordenador del gasto, (artículo 32 de la Ley 80.)

1.5.6 Operaciones de crédito público

Este tipo de contratación tiene por objeto dotar a la entidad de recursos con un plazo para su pago, entre las cuales se encuentran la contratación de empréstitos, emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales artículo 41 Ley 80. Así mismo,

quedan incluidas las operaciones de manejo de la deuda, tales como refinanciación, reestructuración renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdo de pago, cobertura de riesgo, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, capitalización con venta de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen, pudiendo en algunos casos crear fondos autónomos con entidades financieras. Para la realización de estas operaciones, la gestión y otorgamiento de garantías de la Nación requerirá autorización del ministerio de Hacienda y Crédito Público.

1.5.7 Contratos de exploración y explotación de recurso naturales

Por último mencionamos este tipo de contratos estatales, se refieren a esos recursos naturales renovables y no renovables, así como a su comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales, continúan rigiéndose por la legislación especial que le sea aplicable y por reglamento interno, el cual debe establecer la selección objetiva y la aplicación en el procedimiento de contratación de los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la ley sin necesidad de aprobaciones o revisiones administrativas por el Consejo de Ministros, Consejo de Estado ni Tribunales Administrativos, de igual manera debe contemplar los demás aspectos relativos a la selección de contratista, a las cláusulas que podrán pactarse, a su cuantía y trámites pertinentes (artículo 77 Ley 80).

1.6 Régimen de contratación privada

Dentro de la contratación privada podemos manifestar que sus orígenes históricos son el reflejo de la breve historia que se relató en lo referente a la contratación de tipo público, en cuanto a su definición es muy difícil llegar a un término que nos permita denotar la magnitud de su expresión, sin embargo Lafont dice:

Podemos afirmar que en la actualidad los negocios (jurídicos) y los contratos son comportamientos o expresiones voluntarias, individuales y sociales que conforme al régimen del sistema o regulación internacional pertinente y a la función que ellos cumplan, son empleados por las personas como instrumentos para la satisfacción de intereses, superación de necesidades, solución de conflictos y satisfacción de planes o esperanzas, con tal que impliquen un progreso o desarrollo. De allí que esta concepción comprenda: de una parte los negocios y contratos, como simples actos instrumentales de desarrollo en las

diferentes áreas y de la otra, la negociación y contratación, esto es, como una actividad específica para lograr tener éxito en un negocio o contrato en concreto o en la actividad general contentiva de varios negocios de un mismo sector o clase, con el apoyo multidisciplinario científico y técnico correspondiente (Lafont, 2012, p. 6).

Como podemos ver en esta definición, el mundo de los contratos y sobre todo privados es muy amplio, cada día celebramos un contrato, en cualquier actividad de nuestra vida. Por ejemplo en salud podemos manifestar que el acto grandioso del médico con el paciente en cualesquiera de las actividades de la ciencia médica es un contrato, en donde existe un acuerdo de voluntades que se refleja en la historia clínica como documento médico legal, así mismo podemos manifestar en lo que hace referencia al consentimiento informado. El tema de contratación privada tiene múltiples tratados, siendo esta temática estudio en toda la Ciencia del derecho, presente prácticamente desde los inicio de la Historia de la civilización. Mencionamos en lo referente a contratación estatal sus orígenes, en donde podemos manifestar que son idénticos, con la diferencia en que en los contratos estatales la presencia de la norma y la ley reglada por el Estado siempre estará presente.

En este orden de ideas es importante tener conceptos que se acerquen de manera pragmática a la elaboración de los contratos en las ESE, porque por un lado manejan importantes recursos estatales y por el otro deben manejarse con claridad los principios de la contratación, con la finalidad que estas empresas sean competitivas dentro del mercado de la salud. “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan para con otras a dar, a hacer, o no hacer alguna cosa” (Código Civil Colombiano artículo 1101) en este concepto de nuestro Código Civil se resalta con claridad que es un acto jurídico entre una o más personas, es importante esta connotación porque en el Derecho Medico en su mayoría existirá a mi juicio responsabilidad civil para resarcir los daños causados por la mala práctica médica, la tipificación de dolosa no la concibo, cuando el profesional acredita su idoneidad. Destaco el nombre de empresas, por tanto me parece importan ante la siguiente definición: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Código de Comercio colombiano art 864).

Para finalizar diremos que siempre el contrato como tal siempre será un acto jurídico que creara obligaciones de las partes, es menester ocuparnos del acuerdo de voluntades por esta razón se

habla de que el contrato: “Es el acuerdo real de voluntades entre dos partes cada una de ellas constituida por una o más personas, tendiente a generar obligaciones y los correlativos derecho personales o créditos” (Córdoba, 2007, p. 22).

1.7 Clases de contratación privada

En este aspecto como mencionamos anteriormente y acorde a la definición de tratadistas y códigos colombianos existentes, miraremos, como el panorama de la negociación y contratación contemporánea, existen contratos de tipo privado como actividades comerciales existan, por tanto mencionaremos brevemente los más importantes. Además ya hablamos de algunos contratos que se celebran con el Estado sin embargo algunos como la prestación de servicios, las asesorías, las concesiones, los contratos de obra entre otros pueden ser privados, ellos fueron mencionados al tratar el tema del régimen de contratación estatal.

1.7.1 Contrato de permuta

Este tipo de contratos están plenamente identificados en la norma y se los define como: “como en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro” (Código Civil colombiano artículo 1955), comúnmente lo conocemos como cambio recíproco. Tiene unas características fundamentales de ser consensual, bilateral, oneroso, principal, es de ejecución instantánea, nominado y por último de libre discusión, simplemente lo mencionamos porque en realidad este tipo de contratación no se utiliza en salud, o por lo menos no debe darse.

1.7.2 Contrato de compraventa

Se lo define como “el contrato en que una de las partes obliga a dar una cosa y la otra pagarle en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio” (Código Civil colombiano artículo 1849). Este tipo de contratación es la que se celebra con mayor frecuencia en las empresas sociales del Estado, en esta contratación a mi juicio se encuentra el mayor foco de corrupción que existe en la mayoría de estas empresas, por todos es conocido que los contratos de suministros y principalmente medicamentos es donde más recursos económicos se movilizan, en el mundo el negocio de los medicamentos es el quinto negocio tanto en lo lícito como en lo ilícito. Actualmente en Colombia se está trabajando mucho con respecto a este tema, nosotros hace algunos días comprábamos los medicamentos utilizados en las llamadas enfermedades de alto costo más costosas del mundo. De tal suerte que nos podemos imaginar todo el dinero que se mueve en estas instituciones, además es de conocimiento que

existen unos manuales de contratación obsoletos en algunos casos, estos manuales son aprobados por las juntas directivas de estas instituciones, permitiendo con esto una mayor evasión de las normas de la contratación, se manifestó anteriormente que cada ESE tiene un manual de contratación especial.

La norma no es muy clara en la definición del contrato de compraventa, más aun cuando se exige a las ESE un manual de contratación, me pregunto porque si ya existe una referencia para la forma de contratación en los Códigos, se exige este tipo de manuales, por esta razón se expresa que “Si consultamos, modernamente, la finalidad jurídica de la compraventa, tenemos que convenir en que la obligación del vendedor no se limita a la entrega de la cosa sino que, debe transferir el dominio al comprador. No bastaría, por tanto, hacer que pueda tenerla como propia el comprador, debe consistir en al más, la transferencia de todos los derechos que tiene sobre la cosa vendida” (Bonivento, 2002, p. 5) de igual forma es importante resaltar las características de los elementos que se contratan en este tipo de contratos, con la finalidad de evitar problemas posteriores en la calidad de los productos o elementos que se transfieren.

1.7.3 Contrato de cesión de derechos

Se lo define como “es un crédito o derecho personal es el que se tiene y puede reclamar de cierta persona que, por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley, ha contraído obligaciones correlativas. Son principales las que nacen o tienen su fuente en las situaciones previstas en el artículo 1459. (Título XXV del libro 4 del Código Civil colombiano). Mencionamos además la cesión de créditos personales, de derechos de herencia y derechos litigiosos, este tipo de contratos pueden ser oneroso o a título gratuito.

1.7.4 Contrato de arrendamiento

Este tipo de contratos existen en las Empresas sociales del Estado, principalmente en aquellas que prestan sus en grandes ciudades donde el desarrollo urbanístico es a pasos agigantados. No olvidemos que anteriormente estas instituciones pertenecían al sistema de salud de Colombia, es decir al sistema público, recordar que después de la reforma a la salud todas las entidades públicas se transformaron en ESE y les transfirieron sus activos del Ministerio de salud a los bienes que ellas tienen.

“El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, y la otra a pagar por este goce en un precio determinado” (artículo 1973 del Código Civil colombiano). Anotemos que a pesar del crecimiento de la población estas instituciones por sus características de ser autónomas pueden realizar convenios con instituciones estatales para realizar proyectos de construcción de inmuebles y evitar los procesos de arrendamientos.

1.8 Instituciones Prestadoras de Salud

Las instituciones prestadoras de salud que dentro de la normatividad vigente en salud es un actor importantísimo en la atención de la salud de los ciudadanos y se conocen como IPS se definen en términos generales como: “Entidades oficiales, mixtas, privadas comunitarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social de salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas”, Ley 100 artículo 56.

En desarrollo del principio de autonomía de las instituciones en el sistema de salud, las IPS deben tener plena autonomía administrativa, técnica y financiera, deben procurar la libre concurrencia y evitar el abuso de posición dominante en el sistema. Están obligadas también a contar con un sistema contable que registre los costos de los servicios ofrecidos.

Estas instituciones pueden tener diferente complejidad acorde a los servicios que estas ofrezcan a los usuarios, pueden ir desde un consultorio médico u odontológico particular hasta un hospital de cuarto nivel de atención con tecnología de punta. El gobierno está facultado para crear un sistema de acreditación de las IPS con la finalidad de ofrecer una información a los afiliados sobre su calidad u proveer su mejoramiento, es obligatorio para estas instituciones el desarrollo del sistema obligatorio de garantía de la calidad reglamentado por el artículo 232 de la Ley 100 de 1.993.

Estas instituciones de salud están vigiladas por los entes regionales, cuyo control se realiza a través de los procesos de habilitación y verificación, se admite que en el diseño de los servicios pueden incorporar medicina alopática y alternativa, se regula el registro de prestadores, que deben llevar las direcciones territoriales de salud, se exige que cuenten con el recurso humano necesario en cantidad e idoneidad acorde con los servicios que van a ofrecer, se dispone que el

personal responsable de la prestación directa de servicios debe contar con el título profesional, universitario, de especialista, tecnólogo, técnico o auxiliar.

1.9 Empresas Sociales del Estado

Una modalidad especial de IPS son precisamente las empresas sociales del Estado ESE, que se las puede conocer como ESE de tipo público, porque la prestación de los servicios de salud se efectúa en forma directa por la Nación o entidades territoriales o municipales de acuerdo a la norma esta se las define como: “constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa creadas por ley o por las asambleas o consejos según el caso”(Ley 100 artículo 194).

Este tipo de institución ha sufrido de reformas, el gobierno es el facultado para reglamentar los requisitos de creación, transformación, categorización, organización y operación de las ESE, de igual forma este tipo de entidades fue contemplado en la ley que regula las competencias de la administración pública, es decir les dio por ley esta connotación, de igual forma las descentralizo dándoles autonomía administrativa y financiera, es preciso indicar de manera categórica que son empresas de servicios públicos, por estar a cargo para la prestación en forma directa de servicios de salud del Estado, por tal razón las definió de la siguiente manera, “ las empresas sociales del Estado creadas por la nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de los servicios de salud, se sujetaran al régimen previstos por la Ley 100 de 1.993, la Ley 344 de 1.996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o accionen” (Ley 489 de 1993 art 83) dentro de la característica más relevante de este tipo de instituciones podemos destacar las siguientes:

Sobre los gerentes se dispuso que serán nombrados por periodos de cuatro años, mediante concurso de méritos, este tipo de concurso se llevara a cabo por universidades previamente seleccionadas para este fin y serán contratadas por la junta directiva de la Empresa, luego de este procedimiento la junta directiva conformara una terna de la cual se nombrara al primero en la lista acorde al examen realizado, solo puede haber reelección por una sola vez.

El gobierno nacional y los entes territoriales promoverán la creación y el fortalecimiento de asociaciones y cooperativas de las empresas sociales de Estado que tengan como objeto fortalecer la red pública hospitalaria, dentro de la Ley 1438 del 2011 que reformo a la Ley 1122 del 2007 se

desarrollan importantes aspectos dentro del marco institucional de estas empresas, destacándose las siguientes:

Se ordena al Gobierno establece un programa de fortalecimiento de las ESE, los buenos resultados e indicadores en salud, bajo riesgo fiscal y financiero serán objeto de estímulo para dotación tecnológica y capacitación del talento humano, se regula la manera de integrar las juntas directiva del primer nivel de complejidad del orden territorial.

Se regula la integración de las juntas directivas estableciendo las inhabilidades e incompatibilidades para los miembros de la junta directiva, de igual forma se ordena la evaluación del plan de gestión del gerente para el periodo por el cual fue nombrado, de igual forma será evaluado, se dan indicación para establecer mecanismos para promover la eficiencia y transparencia en la contratación de las empresas sociales del Estado, destacándose las siguientes:

Estas instituciones podrán asociarse entre sí constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficia a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad y eficiencia respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública, también podrán contratar de manera conjunta sistemas de información , sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas.

Se ordena al Gobierno poner en marcha un programa para el saneamiento de cartera de las ESE. Se toman medidas sobre contratos de concurrencia y cancelación del pasivo prestacional laboral y pensional de las instituciones del sector salud pública causadas al finalizar la vigencia de 1.993.

Para la financiación de la prestación del servicio en zonas alejadas se garantizan los recursos necesarios a través de las instituciones públicas en aquellos lugares alejados, con poblaciones dispersas o de difícil acceso, en donde estas sean la única opción de prestación de servicios y los ingresos por venta de servicios sean insuficientes para garantizar sus sostenibilidad en condiciones de eficiencia.

Para la financiación de la prestación del servicio en zonas alejadas se garantizan los recursos necesarios a través de las instituciones públicas en aquellos lugares alejados, con poblaciones dispersas o de difícil acceso, en donde estas sean la única opción de prestación de servicios y los

ingresos por venta de servicios sean insuficientes para garantizar sus sostenibilidad en condiciones de eficiencia.

Por otro lado es importante resaltar que los entes de control, la Superintendencia nacional de salud y los delegados comunican cada año en las direcciones o secretarías departamentales, municipales y distritales de salud el riesgo de las ESE teniendo en cuenta sus condiciones de mercado, de equilibrio y viabilidad financiera, acorde a los informes que regularmente presentan estas entidades en lo relacionado al decreto 2193. Las empresas sociales del Estado, atendiendo su situación financiera se clasifican en grados de riesgo, de acuerdo a esta reglamentación, las ESE de riesgo financiero medio o alto deberán someterse a un programa de saneamiento fiscal y financiero con el acompañamiento de la Dirección Departamental de Salud o Distrital. El incumplimiento del programa de saneamiento fiscal puede implicar medidas como acuerdos de reestructuración de pasivos, intervención por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, e incluso liquidación, suspensión o fusión de la entidad.

Se regulan recursos de crédito para el rediseño, modificación y reorganización de los hospitales de la red pública, para el desarrollo de las redes territoriales de prestación de servicios de salud. Y se establecen mecanismos de saneamiento de pasivo de estas entidades con reglas especiales sobre los pasivos originados en aportes patronales.

1.10 Ley 80 de 1993 estado actual y sus modificaciones

Es de conocimiento general en el mundo del Derecho que el apareamiento de la ley 80 regula de manera estricta el tema de la contratación en todos sus aspectos. Hablamos con mucha claridad anteriormente, en lo referente al marco teórico de los tipos de contratación existente tanto en el Derecho Privado como en el Público.

De igual forma hablamos que las Empresas Sociales del Estado que a mi juicio son Institución Prestadoras de salud del orden público se rigen por el tema de contratación privada, Derecho Privado, la ley 80 regula lo referente a la contratación del Estado en uso de diferentes aspectos, por esta razón por orden legal el funcionario público que tiene manejo administrativo y financiero en una entidad del Estado debe conocer esta norma con sus modificaciones y aplicarla a cabalidad. La razón es muy simple este tipo de funcionarios deben manejar recursos públicos, los cuales en su mayoría deben ceñirse a los elementos y principios del tema de contratación estatal.

En el año de 2007 la Ley 1150 aparece para reglamentar a la Ley 80 de 1993, esta norma trae como objetivo fundamental insistir en los funcionarios públicos en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, conmutatividad y equilibrio económico, de igual forma enmarcados dentro de la Constitución Política del 91 los principios constitucionales de la gestión fiscal, eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales, estos últimos de importancia e interés general porque establecen los costos ecológicos y sus consecuencias futuras.

Por otro lado, reglamentan el SECOP, que es un instrumento de apoyo a la gestión contractual que permite una relación multidisciplinaria con las entidades estatales, los contratistas y los interventores actores fundamentales de la contratación pública.

Aparece la agencia nacional de contratación pública cuya nueva institución está referida a la compra eficiente de suministros. En el tema de la compra de medicamentos y suministros la Ley 1122 de 2007, reglamenta claramente que para resaltar el principio de economía y equidad, se pueden realizar asociaciones entre las ESE o utilizar plataformas virtuales que son útiles en la realización de cuadros comparativos que conllevan a abaratar los costos en estas entidades.

1.11 Ley 100 de 1.993 sus modificaciones y estado actual

En 1993 y luego de reformar la constitución política de Colombia, el Estado colombiano sufre una transformación total en el tema de la salud, para bien o para mal se reestructura la salud en Colombia, en mi concepto la filosofía de la ley 100 de 1.993 es sana acorde a las política y a los derechos fundamentales planteados en los primeros capítulos de la carta magna. De igual forma cercana a cumplir con lo concertado atreves de la definición en salud planteada por la organización mundial de la salud.

Dentro de este contexto las empresas sociales del Estado surgen como Instituciones prestadoras de salud del orden público, participando del sistema de seguridad social como política de Estado, concretamente en el capítulo de salud, siendo uno de los actores fundamentales para el buen desarrollo de las políticas de salud del gobierno colombiano.

Mediante el Decreto 2753 de 1997 se reglamenta la entrada en vigencia de las Empresas Sociales del Estado, en él se establecieron normas generales para el funcionamiento de los prestadores de salud, se definen las modalidades de prestación, se admite que el diseño de los servicios pueden

incorporar Medicina Alopática y alternativa, se regula el registro de los prestadores que deben llevar las direcciones territoriales de salud, se exige que cuente con el recurso humano necesario en cantidad idoneidad acorde a los servicios que van a ofrecer y se dispone que el personal responsable de la prestación directa de ofrecer y se dispone que la persona responsable de la prestación directa de servicios debe contar con el título de profesional universitario de especialista, tecnólogo, técnico o auxiliar en el área de la salud, que los acredita como tales, el control y vigilancia corresponde a las direcciones de salud departamentales y municipales y distritales además de la vigilancia que puede ejercer la Superintendencia Nacional de Salud.

La Ley 1438 en su artículo 195 establece que todas las entidades descentralizadas del orden nacional que presten servicios de salud quedan transformadas en Empresas Sociales del Estado se indica además que las entidades territoriales pueden proceder a esa transformación según el artículo 197.

El Decreto 1876 del año 1994 reglamenta el funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado señala expresamente que “será la prestación de servicios de salud, entendidas como un servicio público a cargo del estado y como parte integral del sistema de seguridad social en salud”. Sus principios básicos deben ser la eficiencia y la calidad artículo 3. La organización institucional de las ESE debe comprender tres áreas dirección, atención al usuario y logística artículo 5 se regula la composición de la junta directiva, que está conformada por el estamento político administrativo, representantes del sector científico de la salud y representantes de la comunidad artículo 7 finalmente, se deben definir los aspectos relevantes del régimen jurídico artículos 15 al 19 y se definen las reglas de vigilancia y control artículos 20 al 22.

Con el Decreto Ley 1750 del 2003, el gobierno escindió los servicios de salud del Instituto colombiano de los Seguros Sociales y creo siete empresas sociales del Estado posteriormente reglamenta los miembros de las juntas directivas que formaran parte a partir de la presente ley.

Las condiciones sanitarias de estas instituciones están reglamentadas por el Decreto 2240 de 1.996, esta norma regula únicamente los requisitos de los proyectos de construcción de las IPS.

El Decreto 1011 del 2006 regula el sistema obligatorio de calidad de la atención de salud en el sistema general de seguridad social en salud este decreto como es obvio regula todos y cada uno

de los elementos que participan armónicamente para garantía de la seguridad del paciente y una prestación con calidad y más humanizada.

En la Ley 1122 que se reglamenta con la Ley 100 se caracteriza por fortalecer el aseguramiento público en el sistema de salud se fijan nuevas reglas legales a las ESE siendo importante mencionar lo siguiente:

Se establece que la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que podrá estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. Y en cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios de integración de la Empresa Social del Estado que preste sus servicio en el Municipio o subregión.

Se facilitó al gobierno para reglamentar los requisitos de creación transformación, categorización, organización y operación de las ESE. La constitución de las Empresas Sociales del Estado por asociación de entidades territoriales, las condiciones para transferirles recursos, la integración de juntas directivas , como también el nombramiento, evaluación y remuneración de gerentes, régimen salarial profesional, prestacional, sistemas de costos, información, adquisición y compras.

Las facultades para reglamentar la creación y transformación de la ESE así como la constitución de las mismas por asociación de entidades territoriales, fueron declaradas inexequibles mediante la sentencia C 953 del 2007 de la Corte Constitucional, las facultades reglamentarias relativas a conformación de juntas directivas, nombramiento, evaluación y remoción de gerentes, así como sobre el régimen salaria y prestacional fueron también declarados inexequibles en citada providencia.

De igual forma se diseña elementos de evaluación del plan de acción del gerente, el cual será nombrado por periodos de 4 años a partir del primero de abril posterior a la elección de alcaldes o gobernadores, de igual forma se reglamenta mecanismos de control para asegurar eficiencia en el manejo de los recursos económicos. Ordenando al Ministerio de Salud determinar y comunicar cada año a las direcciones departamentales, municipales y distritales de salud el riesgo de las ESE teniendo en cuenta sus condiciones de mercado, de equilibrio y viabilidad financiera, la expresión seguridad social es limitada. Se puede declarar entonces que es un mecanismo

protector dirigido a remediar las consecuencias derivadas de los riesgos sociales a través de la existencia de los llamados seguros sociales existentes en la mayoría de los países. En Colombia, esta terminología se ido reformando hasta la actualidad. Por tanto, existe entonces un sistema de seguridad social en salud que trata de acercarse a un modelo moderno y de calidad en la prestación de estos servicios. Este sistema de igual forma implica una serie de elementos cuya condición es ejercer un mecanismo protector de la garantía del bienestar social, material y moral de los ciudadanos en todas las etapas del desarrollo humano, en modo, tiempo y lugar, esto debe estar reglamentado bajo las condiciones del Estado.

La seguridad social está ligada a cada ordenamiento en particular enmarcado dentro de las políticas públicas de gobierno de cada país, depende sustancialmente de la financiación. En nuestro territorio la seguridad social es contributiva porque mantiene la financiación principalmente a través de las cuotas o contribuciones de los usuarios, lo cual es demostrable con facilidad en el régimen de pensiones. De tal suerte, que la universalidad como principio no se cumple, igual sucede con los riesgos laborales.

Es importante manifestar que la Seguridad Social en Salud estará muy relacionada con las condiciones socioeconómicas de cada País, y será directamente proporcional a sus recursos.

CAPITULO 2 FUENTES DE FINANCIACION DEL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS ESE

2.1 Fuentes de financiación de las Empresas Sociales del Estado

Es importante mencionar las fuentes de financiación que tienen este tipo de empresas, precisamente este estudio trata de identificar el impacto económico con el tema de contratación, por tanto se menciona que a través de este tipo de contratos se financian las ESE de modo que se analizaran las fuentes de financiación de estas instituciones de salud, específicamente del Hospital de San Antonio de Barbacoas ESE, en donde miraremos que siendo un Hospital de primer nivel de atención básicamente la contratación estará a cargo del Estado. Manifiesto esta aseveración puesto que siendo un municipio pequeño de sexta categoría los aportes financieros aportados por otras fuentes de financiación son mínimos. (encuesta realizada en los archivos de la Institución, informe Súper salud enero 2012)

Antes de la Ley 100 de 1993 el sistema de salud pública estaba financiado exclusivamente por el Estado a través del sistema general de participación, de tal suerte que los hospitales locales, los centros y puestos de salud no contrataban los servicios, los contratos los efectuaba directamente el Ministerio de Salud, con respecto al personal podemos mencionar que el personal existente en cada entidad estatal de prestación de servicios, que estaban en carrera administrativa fueron trasladados a las nuevas prestadoras de salud que son las Empresas sociales del Estado. Además del personal se debía trasladar todo lo concerniente a edificaciones planta y equipo.

Cuando se habla de personal de provisionalidad destacamos que este tipo de personal tiene muchas similitudes con el personal de planta, sin embargo la diferencia consiste en que este personal reemplaza a partir de la Ley 100 del 93 a los trabajadores estatales por cualquiera de las circunstancias de vacancia definitiva. Además son nombrados directamente por la administración de la institución prestadora de servicios de salud, no son sometidos a periodos de prueba y su duración en el cargo depende del tiempo que se tarde la llegada de su remplazo. El cual se realiza después de realizar un concurso de méritos a través de la Dirección Nacional del servicio civil para el caso específico de salud.

2.2 Empresas Promotoras de Salud

En nuestro sistema de salud después de la ley 100 de 1.993 nacieron una serie de entidades las cuales tienen funciones específicas dentro del sistema de seguridad social en salud en Colombia, hemos hablado de las instituciones prestadoras de salud, específicamente de las empresas sociales del Estado, como actores fundamentales dentro del sistema de salud, en lo que a la prestación de servicios en salud se refiere. Un importante elemento dentro de este sistema son las Empresas promotoras en Salud, las cuales son las encargadas de la administración de los recursos en salud del sistema colombiano.

Estas administradoras se dividen en dos grandes grupos, un sistema denominado régimen contributivo que es el que se encarga de asegurar a los individuos que tienen capacidad de pago, bien sea por ser empleados públicos o privados, o personas independientes, y el régimen subsidiado, como el nombre lo indica son personas que no tienen capacidad de pago que ingresan al sistema de salud a través de una afiliación a este régimen, los cuales son escogidos por un sistema de una encuesta denominado SISBEN. Recordemos que estas empresas pueden ser públicas o privadas y están enmarcadas en la Ley 100 de 1.993, sus leyes que la modifican y los decretos reglamentarios respectivos.

2.3 Sistema de afiliación en salud régimen subsidiado

El Municipio de Barbacoas, el cual se encuentra ubicado en la costa pacífica nariñense, con una población según el Dane para el 2011 estimada en 30.256 habitantes, por ser el Hospital San Antonio una institución que presta exclusivamente servicios de primer nivel de atención, además es un municipio con niveles altos de desempleo y pobreza por tanto una fuente de financiación muy importante es el régimen subsidiado, en este Municipio la contratación del régimen subsidiado para el año 2011 se hacía básicamente con las siguientes empresas administradoras del régimen subsidiado a saber Asmet salud, Emsanar y Caprecon quienes tienen una contratación de un total de 17.582. afiliados que representa un 58% del total de la población atendida. En la siguiente gráfica se hace un análisis de la distribución en la financiación del Hospital San Antonio de Barbacoas en lo referente a los diferentes sistemas de Administración en salud (Instituto Departamental de Salud de Nariño, 2011).

Tabla 1: Distribucion de la poblacion afiliada en los diferentes regimenes de atencion en salud en el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE

REGIMEN DE ATENCION EN SALUD	NUMERO DE AFILIADOS	PORCENTAJE DE ATENCION EN SALUD
Régimen subsidiado	17.548	58%
Régimen especial poblacion afro e indígena	6.354	21%
Vinculados	5.144	17%
Régimen contributivo	1.218	4%
Total	30.256	100%

Fuente: Instituto Departamental de Salud de Nariño

2.4 Sistema de afiliación en salud del regimen contributivo

Enuciamos anteriormente que la poblacion que atiende esta ESE por sus condiciones socioeconomicas es principalmente poblacion de escasos recursos economicos, por tanto en lo que al sistema de salud del regimen contributivo se refiere, la poblacion que se atiende es minima, representada basicamente por empleados oficiales afiliados a las diferentes EPS. Se atienden cerca de 1.350 que representado un 4.4 % del total de la pobacion atendida.

2.5 Sistemas de afiliación en salud del regimen especiales

Dentro de los sistemas de afiliacion en salud, la norma prevee unos sistemas especiales enmarcados dentro de la ley de seguridad social de salud en Colombia, basicamente existe una poblacion denominada extrañamente vinculados, este tipo de personas son aquellos que siendo encuestadas atraves del SISBEN, en su calificacion son aptos para acceder al sistema de seguridad social en salud del regimen contributivo, sin embargo como este sistema requiere de financiacion por parte del Estado los recursos son insuficientes para lograr este objetivo, por tanto siendo poblacion pobre no afiliada al sistema se denominan vinculados, en realidad siendo desvinculados del sistema, esta poblacion esta a cargo de los entes territoriales en salud presentes en cada uno de los departamentos del pais, para el caso del hospital San Antonio, los recursos de la poblacion vinculada son girados a traves del Instituto Departamental de salud de Nariño, esta institucion es entidad descentralizada y administra los recursos de salud de este tipo de poblacion entre otras funciones.

Los recursos que recibe el hospital por este concepto son de \$145.000.000 representado un porcentaje de 17 %, del total de la población atendida. Estos contratos se realizan anualmente, tienen un supervisor especial y deben liquidarse por periodo, obviamente son contratos estatales por ser el Instituto Departamental de salud de Nariño una entidad del orden oficial. En la tabla No. 2, se procede a enunciar como es la distribución de recursos según la afiliación a los diferentes sistemas existentes en el municipio.

Tabla 2: Distribución de recursos financieros en cada régimen de prestación de servicios en salud en el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE

REGIMEN DE ATENCION EN SALUD	RECURSOS FINANCIEROS	PORCENTAJE DE DISTRIBUCION DE RECURSOS
Régimen subsidiado	494.795.882	58%
Régimen especial población afro e indígena	179.117.647	21%
Vinculados	145.000.000	17%
Régimen contributivo	34.117.647	4%
Total	852.941.176	100%

Fuente: Instituto Departamental de Salud de Nariño

Como se puede observar con claridad en estudio realizada al Hospital de San Antonio de Barbacoas ESE por parte del Instituto Departamental de Salud de Nariño y estudios del investigador las fuentes de Financiación están basados en su mayoría con Recursos del Estado de sus diferentes fuentes de financiación, solo se observa que el 4 % de la población tiene capacidad de pago, por tanto el resto de la población es pobre y vulnerable es su totalidad la prestación de servicio por Norma estará a cargo del Estado.

CAPITULO 3 INVENTARIO DE CONTRATOS DEL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS ESE

3.1 Contratación del Hospital San Antonio de Barbacoas

La contratación que tiene la empresa social del Estado con sus proveedores, en el estudio realizado retrospectivamente en el año 2011. se tomó como referencia los archivos de la subgerencia administrativa del hospital, además de los informes oficiales del decreto 2193, informes trimestrales de obligatorio cumplimiento y que reposan en la subdirección de seguridad social del Instituto Departamental de Salud de Nariño. Anteriormente se describió los diferentes tipos de contratación que existe tanto en el sector público como en el sector privado (Instituto Departamental de salud decreto 2193 año 2011)

3.2 Contratación de personal por nómina y provisionalidad

Hablamos de las fuentes de financiación que tienen las empresas sociales del Estado, comentamos sobre las fuentes de financiación estatal, en este sentido el hospital San Antonio de Barbacoas tiene dos tipos de contratación en lo referente al personal que trabaja en estas instituciones, el personal de planta o de nómina y el personal provisional, se pagan con recursos del sistema general de participación y son girados a través del Ministerio de Salud y Protección Social a los entes territoriales, estos a su vez giran estos recursos los 10 primeros días de cada mes a las ESE, estos recursos son aprobados con la ley de presupuesto nacional anualmente (Instituto departamental de salud decreto 2193)

3.3 Contratación de personal por orden de prestación de servicios.

Este tipo de contratación dentro de la ESE del municipio de Barbacoas es muy importante, porque históricamente el personal existente antes de la ley 100 de 1993 pertenecía al nivel nacional administrados por las gobernaciones a través de las secretarías de salud, sin embargo como estas entidades después de la reforma a la salud crecieron de una manera inesperada, de tal suerte que el personal existente fue insuficiente para atender los nuevos retos que la ley de salud exigía, por tanto las administraciones de las empresas sociales del Estado se vieron en la tarea de contratar muchísimo más personal del existente, en el inicio del nuevo sistema, de tal suerte que al no contar con el recurso humano suficientes se vieron en la necesidad de contratar nuevo

personal, la exigencia de ampliar la planta de personal y someterlos a nomina era demasiado costoso por tal razón se inició la contratación con orden de prestación de servicios, este tipo de contratación no es la más adecuada en salud, porque las exigencias de algunos servicios deben ser con horarios de permanencia específicos, bajo estos parámetros este tipo de contratación debe estar muy bien constituida para evitar demandas futuras que atenten con consecuencias graves en el tema financiero

3.4 Contratación especial de personal

Con relación al personal de tipo especial cabe mencionar la contratación de personal para servicios hospitalarios no misionales que anteriormente se denominaban de servicios generales, esta contratación principalmente de alimentación, aseo y vigilancia se la realiza con las llamadas cooperativas en salud.

El proceso de contratación se realizó a través de la oficina jurídica con los parámetros estipulados en el manual de contratación, sin embargo la escogencia de estas cooperativas no se realiza con los principios de contratación pública ni privada. Se observa que en la contratación que no se exige el cumplimiento de las normas mínimas de contratación con sus principios e estipulados en la norma y los desembolsos económicos no se realizan a tiempo (Instituto Departamental de salud de Nariño decreto 2193)

3.5 Contratación de asesorías

Como se manifestó anteriormente, después de la transformación de las empresas sociales del Estado, se trasladó el personal existente en el antiguo sistema de salud. En este escenario las empresas crecieron, como principio político al aumentar la cobertura por orden del gobierno nacional. Se miró la necesidad entonces de contar con asesorías en las áreas financieras, jurídica y gerencial.

Este tipo de contratación se asemeja a la contratación de orden de prestación de servicios, sin embargo tiene una característica especial y es que deben ser profesionales idóneos de acuerdo al objeto contractual. Se observó que esta contratación estaba más apegada al proceso político que a la parte técnica. Financieramente este tipo de contratación también es perjudicial para la empresa porque los honorarios que se cancelan por estos servicios son muy onerosos.

El personal contratado en este período del 2011 no tenía la suficiente experiencia para desarrollar estas funciones estratégicas para obtener resultados óptimos en el proceso administrativos.

Es importante resaltar que la contratación de personal desarrollada en el periodo de estudio, (año 2011) no se desarrolló acorde a las normas exigidas en el ámbito jurídico, tampoco existen los lineamientos desarrollados en un Manual de Funciones el cual no cumple con los objetivos de la institución y el cual se encuentra mal elaborado. Por tanto el riesgo de demandas laborales existentes es al, es importante insistir que la contratación de personal por orden de prestación de servicios es mu delicada y riesgosa en lo que a prestación de servicios de salud se refiere.

En el cuadro siguiente se describe el tipo de contratos analizados.

TIPO DE CONTRATO	NUMERO DE CONTRATOS	PORCENTAJE
Orden de prestación de servicios	76	66
Suministros	15	13
Medicamentos	12	10.4
Alimentos	7	6
Combustible	2	1.8
Repuestos automotriz	2	1.8
Lubricantes	1	0.9
Total	115	

Fuente: creación propia

CAPITULO 4 CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN QUE EXISTE EN EL HOSPITAL SAN ANTONIO DE BARBACOAS

4.1 Pago a personal

En la mayoría de los casos se observó atraso en los pagos a personal, inclusive con respecto al personal de nómina, estos recursos están garantizados con recursos del sistema general de participación, esta demora es superior en 3 meses en algunos casos, de igual forma existe retraso en lo referentes a los diferentes aspectos salariales como primas y viáticos.

En lo referente al pago del personal por orden de prestación de servicios el periodo de tiempo es más extenso superando los 5 meses, curiosamente los pagos al personal contratado para asesorías y el nivel directivo no sufre atrasos, además los viáticos superan el límite reglamentario mayor a 15 días. Estos hallazgos se verificaron en el estudio realizado al archivo financiero del Hospital San Antonio de Barbacoas ESE, de igual forma en los soportes entregados por la tesorería de la Institución especialmente con comprobantes de egreso y el giro de los respectivos cheques (Información de fuente Propia)

4.2 Pago a proveedores

Dentro de los proveedores existe más de 300 contratos de toda índole, sin embargo lo más sobresaliente es la contratación de suministros y medicamentos, contratación de combustible, el municipio de Barbacoas queda retirado de los centros de remisión, en esta contratación también existe la parte de arrendamiento de local administrativo, contratación de papelería principalmente. Esta contratación no cumple con los mínimos requisitos establecido por la ley y tampoco se sujetan al manual de contratación existente en esta entidad. En estudio realizado en los archivos de la Empresa Social del Estado del municipio de Barbacoas, estos archivos reposan en oficinas privadas de los asesores sus copias, en el archivo del Hospital San Antonio no se encuentra una organización en la documentación radicada y fue difícil la consecución de la información, el resultado de este análisis demostró que los procesos de contratación en realizarse se tarda en promedio más de 9 meses para proveedores, incluso en el análisis jurídico realizado en esta investigación con el asesor jurídico externo, en donde se mencionan demandas judiciales que han tardado más de 5 años para ser pagadas después de la acción judicial.

Esta irregularidades que se presentan en la parte administrativa y financiera de la Empresa esta originada posiblemente a que no existen los procesos administrativos reconocidos por los expertos en la materia y en la dirección de las Instituciones de salud, principalmente la Planeación como proceso primordial para el buen funcionamiento de las distintas entidades

CAPITULO 5 CUMPLIMIENTO EN LA CONVOCATORIA PARA INSUMOS Y MEDICAMENTOS

En cuanto al tema de la compra de insumos y medicamentos, ya se manifestó con anterioridad que este procedimiento no se lleva a cabo siguiendo los requisitos mínimos del sistema de contratación, no se lleva a cabo una convocatoria ceñida a las normas estipuladas por la ley, y se aplica la contratación de tipo privado estipulada en el manual de contratación aprobado por la institución. En este manual existen situaciones graves que no concuerda con la situación administrativa y financiera de la Institución, por ejemplo la junta directiva aprueba al gerente contratación directa por un monto que supera los \$ 480.000.000, de tal suerte que con este monto es imposible controlar un sistema de contratación que garantice los principios de la contratación establecido por la ley, esta suma que no tiene relación con parámetros contables y financieros, por tanto se presume que exista un mal uso de recursos financieros asignados a la entidad con consecuencias funestas para la misma.

En estudio realizado en 25 Empresas Sociales del Estado que hacen presencia en el Departamento de Nariño con características poblacionales y financieras similares se encontró que el promedio que las juntas directivas aprueban para la contratación de sus entidades oscila en \$ 135.000.000, por otro lado en estudio realizado con tres Instituciones de salud de mayor Complejidad, de igual manera se demostró que el monto que tiene para contratar el señor Gerente del Hospital san Antonio de Barbacoas ESE es superior, ya que se promedia una suma que no supera los \$205.000.000.

Con esto datos podemos analizar que la autorización que tienen los administrativos del hospital San Antonio específicamente su Gerente es muy superior, sabemos que cuando se contrata directamente con estos montos tan altos pueden existir algunas maniobras en la contratación que pudiesen beneficiar a algunos oferentes.

Es importante anotar que en lo referente a los insumos y medicamentos dentro del manual de contratación existe un procedimiento establecido sin embargo esto no se cumple, la relación existente en almacén y en la farmacia no concuerda, como tampoco lo relacionado a los medicamentos formulados en consulta externa y los servicios de hospitalización con la entrega que se efectúa en la farmacia de la institución.

Por otro lado, en el estudio realizado durante el año 2011 periodo en el cual se hizo el trabajo de investigación se encontró sobrecostos en la compra de insumos y medicamentos, la cartera hasta diciembre 31 del año de estudio es del orden de los \$ 1.235.495.34, cifra que supera el presupuesto destinado para compra de medicamentos e insumos para la vigencia 2011 estimada en \$ 693.084.345, de tal suerte que el panorama es desalentador. Hallazgo encontrado en el análisis que se realizó en el estudio del proceso de adquisición de insumos y medicamentos, bajo estas circunstancias se determina claramente la existencia de falta de los procesos administrativos de planeación, organización, dirección y control en el uso adecuado de este tipo de productos de vital importancia para la prestación del servicio de salud, cuyo resultado por obvias razones no será el más adecuado, poniendo en riesgo la salud de la población del municipio y vulnerable a nuestro juicio a la entidad por el inmenso riesgo de demandas.

CAPITULO 6 CUMPLIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

Los servicios que presta el Hospital San Antonio de Barbacoas son de primer nivel de atención, en lo referente a Medicina, Odontología, entrega de medicamentos, Apoyo diagnóstico radiología y bacteriología y sistema de promoción y prevención de la salud. Por ser una entidad de primer nivel de atención se ve obligada a prestar el servicio de remisión de pacientes por la complejidad de su diagnóstico al no tener recursos tecnológicos y de talento humano adecuados.

No se encontró un sistema de encuesta para establecer la oportunidad en los servicios, sin embargo se logró establecer mediante investigación en información suministrada al Instituto Departamental de salud de Nariño que el cumplimiento en la prestación de los servicios no cumple con los estándares de calidad, no existe oportunidad en la prestación de los servicios que ofrece y en algunos casos como es la entrega de medicamentos no se entregan por no haber existencia en la farmacia. Esto como consecuencia de no llevar un sistema de inventario adecuado que cumpla con los requisitos que se exigen en la tenencia de insumos y medicamentos, los cuales son vigilados por el Instituto departamental de salud de Nariño (Instituto departamental de Nariño decreto 2193)

En resumen, se observa inconformidad en la población atendida por no cumplir a cabalidad con los estándares de calidad establecidos por el reglamento en salud bajo los decretos reglamentarios de habilitación acorde al decreto 1441 del 2009, esto afecta gravemente la satisfacción de los usuarios, la falta de oportunidad en la prestación de los servicios de salud conlleva a un riesgo alto en la complicación de la salud de los pacientes que son atendidos con consecuencias graves afectando el presupuesto de la entidad y alterando el perfil epidemiológico del Municipio.

Al no utilizar elementos administrativos pertinentes que mejoren los estándares de calidad exigidos por los procesos de habilitación y verificación liderados por la autoridad competente, la ESE se encuentra en riesgo alto que pueden llevar al cierre de la Institución. A sabiendas que es la única entidad prestadora de servicios de salud que atiende a la población pobre y vulnerable del municipio de Barbacoas las consecuencias sociales y de Responsabilidad Medica son impredecibles, de tal suerte que se deben tomar las medidas correctivas necesarias con el fin de evitar graves consecuencias en el sector de la salud.

CONCLUSIONES

En términos generales se demuestra que el mecanismo de contratación utilizado por el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE no fue el más adecuado, existe incumplimiento en los pagos a proveedores y personal, la Institución se encuentra en riesgo financiero alto, por tanto se debe cumplir con los mecanismos establecidos para realizar los procesos de contratación con el fin de lograr resultados financieros adecuados. Existen pérdidas financieras importantes difíciles de establecer por cuanto la documentación financiera reposa en las oficinas privadas de los asesores.

Se demuestra con claridad que el sistema de contratación que adoptó el hospital San Antonio de Barbacoas en términos de contratación fueron inadecuados, no cumplen con los requisitos exigidos por la norma, incluso aunque el manual de funciones se encuentra mal elaborado tampoco los contratos efectuados siguen los lineamientos de este documento.

De los 115 contratos que se analizaron en el estudio efectuado en el año 2011 en las oficinas administrativas del Hospital San Antonio de Barbacoas, tanto en la oficina de Talento Humano como en las oficinas de Contabilidad y en los archivos de la Institución, además de los estudios realizados en las oficinas asesoras de Contabilidad y Financiera se observó que un número de 40 contratos que representan un porcentaje de 35 % de contratos sin disponibilidad presupuestal, siendo una falta grave, en concordancia a lo estipulado en la ley 80 y sus decretos reglamentarios

El pago a proveedores no se cumple con los lineamientos estipulados en el contrato. No se respetan los tiempos del pago, en 25 % de la contratación no se exige póliza de cumplimiento, de esta manera no se presta garantía en el desarrollo del contrato. Estos datos se obtuvieron con el análisis que se hicieron a los contratos que reposan en los archivos de la institución sede administrativa.

Por el incumplimiento a la contratación a proveedores existen demandas en los juzgados que afecta el desarrollo misional de la empresa, superando más de \$ 1.234.563.000, existiendo en el mercado desconfianza e incertidumbre e realizar el suministro de elementos a esta entidad. Estudio tomado del análisis que se hizo al proceso de adquisición de elementos.

.El impacto económico es negativo con el sistema de contratación que se implementó por el Hospital San Antonio de Barbacoas ESE. No se produce un adecuado manejo de los recursos financieros que entorpecen la prestación de los servicios de salud, por tanto no existe eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos existentes en la ESE.

La contratación de las asesorías de esta entidad no presta garantía para apoyar la gestión del nivel directivo de la entidad, las hojas de vida revisadas en un porcentaje del 65 % no cumplen con los requisitos exigidos por la ley, no se encuentran actas de posesión claras, y es un desorden en la salida a vacaciones por parte de los funcionarios en periodos que no son acordes a la necesidad de la empresa, es decir no existe planeación. Se observó esta falencia con el estudio de las hojas de vida que se realizó el estudio para la formulación del presente trabajo.

REFERENCIAS

- Arenas, G. (2007). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá. Editorial Legis
- Almanza, J. (1984). Derecho a la seguridad social. Madrid: Editorial Tecnos.
- Hospital San Antonio (2011) Archivo Hospital San Antonio de Barbacoas ESE, Área Talento Humano y Área Financiera.
- Bonivento, J.A (2002). Los principales contratos civiles. Bogotá. Librería Stella.
- Chiavenato, I. (2012) México: Editorial Mac Graw Hill
- Código Civil. (1887). En Senado de la República. Recuperado de http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html
- Código Contencioso Administrativo (1984) En Senado de la República. Recuperado de http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html
- Código de Comercio. (1971). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>
- Contratación Estatal. (2012). Procuraduría Nacional de Colombia. Colombia.
- Decreto 1011. (2006). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19975>
- Decreto 1876. (1994). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3356>
- Decreto 2193. (2004). Ministerio de Salud y Protección social.
- Decreto 2193 (204) Ministerio de Salud y Protección Social. Informes del año 2011, Instituto Departamental de Salud de Nariño.
- Decreto 2240. (1996). En Sociedades científicas. Recuperado en <http://www.sociedadescientificas.com/userfiles/file/DECRETOS/2240%2096.pdf>
- Decreto 4972. (2007). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28303>
- Decreto ley 1750. (2003). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8681>
- Garrido, R. & Zago, J. (1987). Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires.
- Gómez, I. (2007) El Derecho de la Contratación Pública en Colombia, aspectos relevantes para

determinar la responsabilidad y conocer el riesgo. Colombia: editorial Legis primera edición.

Gómez, I. (2009). El Derecho de la Contratación Pública en Colombia, análisis y comentarios al nuevo Decreto 734 del 2012. Colombia: Legis editores S.A.

Gómez, I. (2012). El Derecho de la contratación pública en Colombia. Colombia: Legis Editores.

Henríquez, P. (1979). Historia de la cultura en América hispana. México: Fondo de cultura económico.

Hugh, L. (1953). Promoción y prevención de la enfermedad. México DC: Alfa omega

Lafont, P. (2005). Manual de Contratos, panorama de la negociación y contratación contemporánea tomo I y tomo II. Bogotá, Colombia. Ediciones librería del profesional primera edición.

Ley 10 (1990). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3421>

Ley 100. (1993). En Secretaria del Senado. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Ley 1122. (2007). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22600>

Ley 1150. (2007). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>

Ley 1438. (2011). En Ministerio de Salud y Protección Social. Recuperado de <http://www.minsalud.gov.co/Normatividad/LEY%201438%20DE%202011.pdf>

Ley 344. (1996). En Senado de la República. Recuperado de <http://comisionseptimasenado.gov.co/Pensiones/pdf/1996%20LEY%200344.pdf>

Ley 489. (1996). En Departamento Administrativo de la Función Pública. Recuperado de http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=836

Ley 80. (1992). En Alcaldía Mayor de Bogotá. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Liévano, I. (1995). Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Bogotá: Ediciones tercer mundo.

Rengifo, J. (1989). La seguridad social en Colombia. Colombia: Editorial Temis 3 edición.

Restrepo, J. (2010). Derecho presupuestal colombiano. Colombia: Legis tercera reimpresión.