

3° línea de investigación del componente de contratación

2024

# Naturaleza y régimen jurídico de las entidades con régimen especial

Empresas sociales Estado

**Autora**

María Fernanda Cruz Rodríguez



Queda prohibida toda la reproducción por cualquier medio sin previa autorización escrita del editor. Esta obra fue financiada por la Secretaría Jurídica Distrital, el contenido de esta publicación no representa la opinión del Distrito Capital ni de la Secretaría Jurídica Distrital y es responsabilidad del autor.

© Secretaría Jurídica Distrital  
Carrera 8° No. 10 - 65 de Bogotá - Colombia - [www.secretariajuridica.gov.co](http://www.secretariajuridica.gov.co)  
Mayo 2024  
ISSN 2806-0024

## Contenido

1. Introducción .....	3
2. Definiciones .....	4
3. Objetivo general.....	5
3.1. Objetivos específicos .....	5
4. Metodología.....	6
5. Fuentes de información.....	6
6. Justificación de las empresas sociales del Estado.....	6
7. Naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado.....	7
8. Régimen jurídico de las empresas sociales del Estado.....	9
9. Régimen contractual de las empresas sociales del Estado.....	11
9.1. Principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades .....	13
9.1.1. Principios de la función administrativa .....	14
9.1.2. Principios de la gestión fiscal .....	15
9.1.3. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.....	16
10. Régimen laboral .....	16
11. Empresas sociales del Distrito Capital.....	18
12. Conclusiones.....	19
Bibliografía .....	22

## Resumen

Mediante esta línea de investigación, el Observatorio Distrital de Contratación y Lucha Anticorrupción – ODCLA – analiza e identifica la naturaleza y el marco normativo de las entidades con régimen especial, con el fin de orientarlas frente a situaciones particulares que surgen en el marco del ejercicio de la gestión contractual en el Distrito Capital.

En ese sentido, por vigencias, se analizarán cada una de las entidades con régimen especial como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas sociales del Estado – ESE –, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios. En el presente documento, para la vigencia 2024, será objeto de análisis la naturaleza y el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado del Distrito Capital.

Actualmente, en el distrito existen cuatro empresas sociales del Estado, como lo son: las subredes integradas de servicios de salud Norte, Sur Occidente, Centro Oriente y Sur, razón por la cual serán estudiadas de acuerdo con la actividad que desarrollan en el marco de la gestión contractual.

**Palabras clave:** Entidades con régimen especial, naturaleza jurídica, régimen contractual, régimen exceptuado, contratación estatal.

## 1. Introducción

El ODCLA es un instrumento de trabajo especializado, adscrito a la Secretaría Jurídica Distrital, que busca recopilar, analizar e interpretar datos e información relevante en sus ejes temáticos, como el de la contratación estatal del Distrito Capital, con el fin de generar conocimiento e información confiable para las entidades y organismos que lo integran.

Es así que, con el propósito de generar conocimiento en ese eje temático, el ODCLA desarrolla una línea de investigación que busca analizar la naturaleza y el marco normativo aplicable a las entidades del Distrito Capital con régimen especial.

Para tal efecto, esta línea de investigación se desarrolla en las siguientes cuatro etapas: (i) empresas industriales y comerciales del Estado en el 2023, (ii) empresas sociales del Estado

en el 2024, (iii) sociedades de economía mixta en el 2025 y (iv) empresas de servicios públicos domiciliarios en el 2026.

En esta segunda etapa, con sustento en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, el ODCLA señalará cuál es la normatividad aplicable a las empresas sociales del Estado, con el propósito de identificar su régimen jurídico, contractual y laboral. Lo anterior, con el objeto de orientar a esas empresas sociales del Distrito Capital frente a situaciones particulares en su gestión contractual.

De igual forma, analizaremos si las ESE deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, además, si están o no sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el EGCAP.

Una vez identificada la naturaleza jurídica de las ESE, además de su régimen jurídico y contractual, analizaremos el régimen de los actos y contratos de las subredes integradas de servicios de salud Norte, Sur Occidente, Centro Oriente y Sur.

Finalmente, en esta segunda etapa, una vez analizados los conceptos antes descritos, presentará a las ESE del Distrito Capital unas conclusiones que permitan orientar su gestión contractual.

## 2. Definiciones

**Entidad:** es toda estructura que pertenece a la organización de la administración pública, que ha sido creada u organizada por la ley, para el ejercicio de funciones administrativas o públicas, la prestación de servicios públicos y la realización de actividades industriales o comerciales.

**Naturaleza jurídica:** calificación de las características propias de las entidades que permiten determinar el sistema normativo aplicable.

**Contratación estatal:** negocio jurídico en el que una de las partes es una entidad pública, mediante el cual se pretende alcanzar el cumplimiento de los fines del Estado, garantizar la

correcta prestación de servicios públicos y propender por la satisfacción de los intereses de los administrados.

**Régimen aplicable:** conjunto de principios, normas y disposiciones que regulan la gestión de las entidades y organismos del Estado.

**Descentralización por servicios:** es la transferencia de competencias y funciones del poder central a entidades públicas, creadas para desarrollar una actividad específica con autonomía financiera y administrativa.

### 3. Objetivo general

Analizar la naturaleza y el marco jurídico aplicable a las entidades con régimen especial del Distrito Capital, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el propósito de identificar y orientar las situaciones particulares que surgen en el marco del ejercicio de su gestión contractual.

#### 3.1. Objetivos específicos

- Explicar y socializar la naturaleza y el marco jurídico de contratación aplicable a las entidades del Distrito Capital con régimen especial, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Identificar situaciones particulares en el marco de la gestión contractual de las entidades del Distrito Capital con régimen especial, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Desarrollar una herramienta interactiva que permita orientar a las entidades del Distrito Capital con régimen especial, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sobre su naturaleza jurídica y régimen de contratación.

#### 4. Metodología

Se desarrollará un análisis jurídico detallado de cada una de las entidades del Distrito Capital con régimen especial, exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desarrollado en las siguientes etapas:



Fuente: Creación propia

Mediante este documento, que corresponde a la vigencia 2024, será objeto de análisis la naturaleza y marco jurídico de las empresas sociales del Estado en el Distrito Capital.

Actualmente, en el Distrito Capital existen cuatro empresas sociales del Estado, estas son, las subredes integradas de servicios de salud Norte, Sur Occidente, Centro Oriente y Sur.

#### 5. Fuentes de información

Las fuentes principales para extraer la información son la Constitución Política, la ley, los reglamentos o decretos, la jurisprudencia y la doctrina que hace referencia a las empresas sociales del Estado.

#### 6. Justificación de las empresas sociales del Estado

Antes del nuevo esquema constitucional y la expedición de la Ley 100 de 1993, el Estado prestaba el servicio público de salud a través de hospitales públicos financiados 100% con el patrimonio público, que tenían a su cargo la atención de personas de escasos recursos, que no podían acceder a los servicios de instituciones médicas privadas.

El esquema de financiación 100% público, sin un sistema de autosostenibilidad, generó graves afectaciones al sistema de salud estatal y lo hizo ineficiente, sin dejar de lado fenómenos marginales como la corrupción y la excesiva burocracia.

Actualmente, el Artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho constitucional a la salud, como un servicio público a cargo del Estado, que puede prestarlo directamente o a través de la colaboración de particulares.

Mediante la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República reguló el Sistema General de Seguridad Social, entre esos el subsistema en salud. Con ocasión a esa reforma, los antiguos hospitales públicos se transformaron en empresas sociales del Estado – ESE –, como entidades o instituciones prestadoras de servicios de salud, de naturaleza pública, que participan en competencia en el mercado en igualdad de condiciones que otras instituciones privadas.

Así las cosas, las empresas sociales del Estado se convirtieron en un agente más del mercado, que participa en competencia con los particulares, lo que las obliga a procurar, por sus propios medios, los recursos necesarios para su funcionamiento, sin soporte adicional del patrimonio público, a través de los servicios que prestan en el mercado.

En ese sentido, el nuevo régimen de las entidades estatales que prestan directamente el servicio de salud la dota de las herramientas necesarias para competir en el mercado, de forma similar a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

## **7. Naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado**

Conforme con los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y 1° del Decreto 1876 de 1994 la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado constituye una categoría especial entidades públicas descentralizadas con personería jurídica independiente, autonomía administrativa y financiera, creadas para la prestación en forma directa de servicios de salud.

La creación y organización de las empresas de las sociales del Estado se realiza a través de una ley del Congreso de la República, una ordenanza de la asamblea departamental o el concejo municipal o distrital, según el nivel de la administración al cual serán adscritas.

La autonomía administrativa y financiera implica que las ESE ejercen sus actividades de forma autónoma e independiente, conforme con sus estatutos internos, la ley o acto administrativo que las creó o autorizó y las normas que regulan la prestación directa del Estado de los servicios de salud. En ese sentido, es entendida como la capacidad de la empresa para gestionarse por sí misma, toda vez que está autorizada para establecer trámites internos. (Rodríguez, 2017)

No obstante, tratándose de servicios de salud, debe indicarse que, conforme con el Artículo 21 de la Ley 344 de 1996, el gobierno nacional reglamenta las tarifas de los servicios que prestan y el precio de los productos que comercializan, en ese sentido, es válido concluir que la autonomía administrativa de las ESE, a diferencia de las EICE, encuentra límites más estrictos por la naturaleza de las actividades que tiene a su cargo.

Su capital independiente se refiere al patrimonio público propio del que la empresa puede disponer directamente y que es diferente al que, normalmente, percibe el Estado, cuyas entidades, por regla general, no realizan actividades industriales o comerciales. Libardo Rodríguez (2017) explica que ese capital está constituido con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de las tasas que perciben por las funciones o servicios y contribuciones de destinación especial, junto con el producto económico de su actividad.

La Corte Constitucional (2012), respecto de la naturaleza y régimen de las ESE, ha expuesto lo siguiente:

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha explicado respecto del régimen y naturaleza de las Empresas Sociales del Estado que (i) la ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los

establecimientos públicos; (v) que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica.

En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, corresponde explicar el régimen jurídico de las empresas sociales del Estado.

## 8. Régimen jurídico de las empresas sociales del Estado

La Corte Constitucional, de conformidad con el Artículo 210 de la Constitución Política, explica que el legislador tiene la potestad para configurar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Al respecto, esa corporación ha indicado lo siguiente:

En efecto, el establecimiento del régimen jurídico de las entidades descentralizadas hace parte de la potestad de configuración legislativa y que cualquiera fuera la categoría a la cual pertenecieran **“se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso**. Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea porque es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen. (Corte Constitucional, C-722, 2007) (Énfasis nuestro)

Además, la Corte Constitucional ha advertido que:

(...) las respuestas al respecto han pasado por la necesidad de reconocer en el texto constitucional mismo garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública que llevarían a hacer forzosa en esos supuestos la aplicación de

un régimen especial de derecho público -administrativo-, en un extremo, hasta la afirmación de la existencia de actividades que tienen que ser desarrolladas en régimen de derecho privado, en el otro extremo. Estas situaciones extremas constituirían las denominadas zonas de certeza positiva y negativa, respectivamente, quedando entre ellas una zona de incertidumbre (la que tiende a identificarse con la actividad de servicio público y la instrumental logística o de suministro de la administración). (Corte Constitucional, C-629, 2003)

De acuerdo con el Artículo 83 de la Ley 489 de 1998, las empresas sociales del Estado están sometidas al régimen jurídico previsto en las leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 489 de 1998, ésta última, sólo en lo no previsto por las 2 primeras.

Ese régimen es complementado con las normas previstas en las leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011, 1562 de 2012 y 1753 de 2015, insisto, de forma supletiva, la Ley 489 de 1998. Además, se deberán tener en cuenta los reglamentos de los decretos 1876 de 1994, 139 de 1996 y 1750 de 2003.

En este punto, es importante anticipar que según el Artículo 16 del Decreto 1876 de 1994, en materia de contratación de las ESE su régimen es el de Derecho privado y, en consecuencia, la jurisdicción ordinaria sería la competente para conocer las controversias suscitadas con ocasión de su gestión contractual.

Al respecto, vale la pena indicar que, según el numeral 2° del Artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, todas las controversias que surjan con ocasión de contratos suscritos por entidades estatales, sin importar su régimen, serán conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así mismo, el Artículo 195 de la Ley 100 de 1993 dispone que las empresas sociales de salud están sometidas al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre siempre deberá mencionar la expresión "Empresa Social del Estado".
2. La junta o consejo directivo estará integrada de acuerdo con lo establecido en el Artículo 19 de la Ley 10 de 1990.

3. El director o representante legal será designado en la forma prevista en el Artículo 192 de la Ley 100 de 1993.
4. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
5. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

Por último, sobre el régimen de sus actos, en uso de las facultades propias de la administración, el Artículo 15 del Decreto 1876 de 1994 señala que están sometidos a las normas de las personas de derecho público, con las excepciones que consagren las disposiciones legales.

## **9. Régimen contractual de las empresas sociales del Estado**

Las empresas sociales del Estado, con el fin de cumplir las funciones para las que fueron creadas, así como para obtener los recursos necesarios para su funcionamiento, celebran contratos con entidades aseguradoras y promotoras de servicios de salud para la prestación de sus servicios, así como con contratistas y proveedores para acceder a insumos y personal cualificado para su operación. Lo anterior, sin perder de vista que ejecutan sus actividades en competencia con los particulares.

En ese sentido, para garantizar que puedan competir en las mismas condiciones que los particulares y acceder a los bienes y servicios prioritarios para su operación, fue necesario eximirlos de someterse a los procedimientos de selección regulados por el EGCAP, pues se trata de trámites largos que no se compadecen con la naturaleza de las funciones asignadas a las ESE.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha concluido que los contratos de las empresas sociales del Estado se rigen por el Derecho privado:

Por voluntad del legislador, ni los principios de contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. (exp. 1263, 2000)

Además, de acuerdo con lo previsto en el numeral 6° Artículo 195 de la Ley 100 de 1933, en materia contractual, las ESE se regirán por las normas del Derecho privado, lo que las excluye directamente del EGCAP. No obstante, a diferencia de las EICE, el legislador faculta a las ESE a usar las cláusulas excepcionales reguladas en ese estatuto.

Por lo anterior, resulta necesario que las ESE expidan un reglamento o manual de contratación conforme con su naturaleza de entidad pública con régimen especial, para lo que gozan de total autonomía.

En muchos casos, en la práctica se observa que las entidades con régimen especial hacen de su manual de contratación una réplica del EGCAP, lo que resulta a todas luces inconveniente, pues como ya se expuso, la idea del legislador de excluirlas de la aplicación de ese estatuto se sustenta en su competencia con los particulares y la necesidad de contar con mecanismo ágiles para garantizar esa situación.

Sobre ese régimen excepcional, el Consejo de Estado ha comentado que:

Una interpretación sistemática de las disposiciones aludidas [el art. 195 de la Ley 100 y el art. 24 de la Ley 80], conduce a la Sala a determinar que los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con la finalidad estatal de la prestación del servicio público de salud, si bien en su forma y celebración se sujetan a las disposiciones del derecho privado, no por ello dejan de ser contratos de la administración pública, tanto así que está prevista la inclusión de las cláusulas exorbitantes, que sólo son propias de la contratación estatal.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado (2014) es enfática en que la aplicación de normas del EGCAP a la actividad contractual de entidades exceptuadas de ese régimen viola la

ley, pues, precisamente las disposiciones que las someten a las reglas del derecho privado son normas de orden público que limitan la facultad autorregulatoria de esas entidades.

Así mismo, esa corporación concluye que “el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el Derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades” (Consejo de Estado, Exp. 2.456, 2021), lo anterior, de acuerdo con el Artículo y 14 de la Ley 1150 de 2007.

Vale la pena precisar que la posibilidad de que las ESE hagan uso de las cláusulas excepcionales reguladas en el EGCAP hace que su exclusión de ese estatuto no sea total, pues para hacerlas efectivas, deben acudir a los mecanismos regulados por el legislador en esos casos. Lo anterior, sólo a efectos de adelantar esa actuación administrativa, sin que por esa razón se pueda entender su condición de exceptuada del EGCAP.

Sobre la aplicación del EGCAP a las empresas sociales del Estado han surgido discusiones, entre las que queremos destacar la regulación contenida en el literal c), numeral 2° del Artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, respecto de contratos celebrados para prestación de servicios de salud que, según esa norma, son una causal de selección abreviada. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil (1998) destacó que en virtud de la regulación especial contenida en el Artículo 195 de Ley 100 de 1993, aclaró que para esos contratos las ESE no están sometidas al EGCAP.

No obstante, en esa oportunidad, la sala concluyó que para los contratos enunciados en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las ESE sí estarían sometidas al EGCAP, de ahí la segunda discusión. No obstante, a buena hora, la Sala de Consulta y Servicio Civil (2000) rectificó su postura, en el sentido que no resulta pertinente que en materia de contratación las ESE apliquen un régimen distinto al Derecho privado, salvo la posibilidad de usar cláusulas excepcionales.

### **9.1. Principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

La Ley 1150 de 2007 establece que las entidades exceptuadas del EGCAP, en el desarrollo de su actividad contractual, aplican los principios de la función administrativa y de la

gestión fiscal de conformidad con los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y, además, están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el EGCAP.

### 9.1.1. Principios de la función administrativa

Sobre la aplicación de los principios que rigen la función administrativa, la Corte Constitucional señala que en aquellos eventos en que el Estado actúa como agente económico “no pueden predicarse ni todos, ni con la misma intensidad y profundidad en relación con las actividades de los particulares” (C-691, 2007).

El Consejo de Estado (2007) explica que los principios son fuente de derecho y forman parte del ordenamiento jurídico puesto que, son valores que han sido transformados en criterios o parámetros de conducta mediante reglas que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado. Por lo anterior, los principios, contemplados o no en normas positivas, deben ser valorados para determinar su observancia, pues por su naturaleza abierta están sometidos al desarrollo legal y jurisprudencial para determinar su alcance normativo.

Las ESE, que por expresa disposición legal no están sometidas al EGCAP, sí lo están, entre otros, a los principios de la función administrativa, entendida como una actividad del Estado realizada por órganos o autoridades públicas que está al servicio de los intereses generales, se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que explicaremos a continuación.

El principio de igualdad, en relación con el Artículo 13 de la Constitución Política, parte de la garantía de que cualquier persona reciba un trato similar de la administración cuando se encuentran en situaciones similares y debe respetarse siempre el orden al que están sometidas. La imparcialidad, según la Corte Constitucional (1997), impone que los servidores que expiden pronunciamientos o actos que afecten los derechos de las personas, asuman una conducta recta, libre de toda inclinación respecto del sentido en el que deba adoptarse la decisión y así brindar un trato objetivo para todas las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y jurídica.

La moralidad exige el adecuado comportamiento de un servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del bloque de legalidad. Se trata entonces de un

principio que no corresponde al fuero interno de los servidores, sino de los comportamientos objetivos que se esperan de quienes manejan los recursos públicos, que no son otros que la pulcritud y honestidad. (Corte Constitucional, C-643, 2012)

El principio de economía se traduce en el deber de la administración de tomar las medidas necesarias para racionalizar el gasto, o ahorrar la mayor cantidad de costos para cumplir con sus fines constitucionales. (Corte Constitucional, C-849, 2005)

La eficacia se refiere a la obligación de la administración de exigir el cabal cumplimiento de esos fines estatales. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios de economía y eficacia imponen el deber de dar cumplimiento a los cometidos públicos con una adecuada relación costo-beneficio, en otras palabras, de forma eficiente. (Corte Constitucional, C-035, 1999)

El principio de celeridad tiene como propósito imprimirle agilidad al cumplimiento de las funciones y obligaciones públicas hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, de manera que, oportunamente, sean cubiertas las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios. Finalmente, el principio de publicidad establece la necesidad de que todas las actuaciones y decisiones de las autoridades sean abiertas con el fin de que puedan ser conocidas por los asociados y, si lo consideran, puedan oponerse a ellas. (Santofimio Gamboa, 2017)

### **9.1.2. Principios de la gestión fiscal**

De conformidad con el Artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal se fundamenta en los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales. Los principios de economía y eficacia en el ámbito de la gestión fiscal tienen las mismas características que en el marco de la función pública.

El principio de eficiencia es una guía para determinar si, en igualdad de condiciones, los bienes y servicios se obtienen al menor costo. Es decir, este principio busca que se haga un análisis en el que las conclusiones lleven a establecer si los costos en que incurre una entidad pública son los más adecuados para lograr sus objetivos y resultados.

El principio de equidad permite identificar la acción económica del Estado y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y grupos de población; mientras que el principio de valoración de costos ambientales facilita la cuantificación del impacto que causa la actividad estatal por el uso y deterioro de los recursos naturales y del medio ambiente.

### **9.1.3. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

Mediante el Artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con las entidades públicas, entendidas como una limitación a la capacidad para contratar que obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto, que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con esas entidades, por razones de parcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

Así mismo, se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con las cuales contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente y eficaz cumplimiento del contrato. Las inhabilidades e incompatibilidades obedecen, primordialmente, a razones éticas, de eficiencia, eficacia e imparcialidad administrativa. (Corte Constitucional, C-489, 1996)

De acuerdo con lo anterior, las ESE exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, además de regirse por las disposiciones normativas de los particulares, por su naturaleza pública y para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, el legislador consideró necesario someterlas a los principios de la función administrativa, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

## **10. Régimen laboral**

La Corte Constitucional (2004) ha advertido que la naturaleza jurídica de la empresa es determinante para identificar el tipo de vinculación de sus colaboradores, entendidos como todas aquellas personas que prestan sus servicios laborales a la entidad.

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha explicado que conforme con el numeral 5° del Artículo 195 de la Ley 10 de 1990, las personas vinculadas a las empresas sociales del

Estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, de acuerdo con el régimen previsto en la referida norma.

Al respecto, Jairo Villegas Arbeláez (2021) explica que la regulación contenida en la Ley 10 de 1990 es una norma que, en virtud del principio de especialidad normativa, se debe aplicar de forma preferente sobre las demás normas, incluso, la Ley 909 de 2004 y sus reglamentos. En consecuencia, el régimen laboral de los trabajadores de la ESE es el regulado en la ley de 1990.

A efectos de analizar la aplicación de esa norma, debemos indicar que en las ESE los trabajadores pueden ser de 3 categorías: i) libre nombramiento y remisión, ii) empleados de carrera y iii) trabajadores oficiales.

Sobre los trabajadores de libre nombramiento y remoción, el Artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece una lista taxativa de qué empleos tienen esa categoría. Para el presente caso, tenemos que el literal b) del numeral 2° del referido artículo señala que en las entidades territoriales los directores y representantes legales son de libre nombramiento y remoción, así como los empleos con funciones de dirección.

Para el director o representante legal de una ESE, se debe tener en cuenta que el Artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 señala que su nombramiento, en las del nivel territorial, lo hará el jefe, es decir, el alcalde electo, previa verificación de que cumple con los requisitos para ocupar ese cargo y la evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Sobre los empleos de carrera, el Artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala que serán todos aquellos que escapan de la lista taxativa antes enunciada y que podrán ser provistos en la forma que el legislador prevé para esa categoría.

Por último, el párrafo del referido artículo dispone que todos aquellos trabajadores que desempeñan cargos no directivos y sus funciones están dirigidos el mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales, están sometidos al régimen de los trabajadores oficiales. No obstante, les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968 y, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa.

## 11. Empresas sociales del Distrito Capital

Actualmente, en el Distrito Capital existen cuatro empresas sociales del Estado, estas son, las subredes integradas de servicios de salud Norte, Sur Occidente, Centro Oriente y Sur.

Para el 2015, el servicio de salud en Bogotá D.C. era prestado por distintos hospitales públicos, constituidos como empresas sociales del Estado, que contaban con autonomía financiera y administrativa.

Sin embargo, el Concejo de Bogotá D.C., mediante el Acuerdo Distrital 641 de 2016, ordenó la fusión de las empresas sociales del Estado adscritas a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C., que estaban organizadas bajo el esquema de hospitales, unidades básicas de atención, centros de atención médica inmediata, entre otros. De esa fusión, surgieron cuatro subredes integradas de salud.

Cada subred está organizada para prestar sus servicios a través de los distintos hospitales que fueron agrupados por zonas o áreas de influencia. La organización de esas quedó de la siguiente forma:

Subred	Unidades u hospitales
Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.	Usme
	Nazareth
	Vista Hermosa
	Tunjuelito
	Meissen
	El Tunal
Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.	Pablo VI Bosa
	Sur
	Bosa
	Fontibón
	Occidente de Kennedy
Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.	Usaquén
	Chapinero
	Suba
	Engativá
	Simón Bolívar
Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.	Rafael Uribe
	San Cristóbal
	Centro Oriente

	San Blas
	La Victoria
	Santa Clara

Vale la pena destacar que, respecto de su contratación, el Artículo 7° del Acuerdo Distrital 641 de 2016 exige a las subredes que exijan y verifiquen que sus proveedores o contratistas respeten los derechos laborales de sus empleados.

## 12. Conclusiones

Las empresas sociales del Estado constituyen una categoría especial entidades públicas descentralizadas con personería jurídica independiente, con autonomía administrativa y financiera, creadas para la prestación en forma directa de servicios de salud.

De acuerdo con el Artículo 83 de la Ley 489 de 1998, las empresas sociales del Estado están sometidas al régimen jurídico previsto en las leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 489 de 1998, ésta última, sólo en lo no previsto por las 2 primeras. En uso de las facultades propias de la administración, están sometidas a las normas de las personas de derecho público, con las excepciones que consagren las disposiciones legales.

Ese régimen es complementado con las normas previstas en las leyes 1122 de 2007, 1438 de 2011, 1562 de 2012 y 1753 de 2015, insisto, de forma supletiva, la Ley 489 de 1998. Además, se deberán tener en cuenta los reglamentos de los decretos 1876 de 1994, 139 de 1996 y 1750 de 2003.

Todas las controversias que surjan con ocasión de contratos suscritos por entidades estatales, sin importar su régimen, serán conocidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las empresas sociales del Estado, con el fin de cumplir las funciones para las que fueron creadas, así como para obtener los recursos necesarios para su funcionamiento, celebran contratos con entidades aseguradoras y promotoras de servicios de salud para la prestación de sus servicios, así como con contratistas y proveedores para acceder a insumos y personal cualificado para su operación.

Para garantizar que puedan competir en las mismas condiciones que los particulares y acceder a los bienes y servicios prioritarios para su operación, fue necesario eximirlos de someterse a los procedimientos de selección regulados por el EGCAP, pues se trata de trámites largos que no se compadecen con la naturaleza de las funciones asignadas a las ESE.

En materia contractual, las ESE se regirán por las normas del Derecho privado, lo que las excluye directamente del EGCAP. No obstante, el legislador las faculta a usar las cláusulas excepcionales reguladas en ese estatuto. La Jurisprudencia del Consejo de Estado es enfática en que la aplicación de normas del EGCAP a la actividad contractual de entidades exceptuadas de ese régimen viola la ley, pues, precisamente las disposiciones que las someten a las reglas del derecho privado son normas de orden público que limitan la facultad autorregulatoria de esas entidades.

Vale la pena precisar que la posibilidad de que las ESE hagan uso de las cláusulas excepcionales reguladas en el EGCAP hace que su exclusión de ese estatuto no sea total, pues para hacerlas efectivas, deben acudir a los mecanismos regulados por el legislador en esos casos. Lo anterior, sólo a efectos de adelantar esa actuación administrativa, sin que por esa razón se pueda entender su condición de exceptuada del EGCAP.

Es necesario que las ESE expidan un reglamento o manual de contratación conforme con su naturaleza de entidad pública con régimen especial, para lo que gozan de total autonomía.

La ESE, en el desarrollo de su actividad contractual, deben aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y, además, están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el EGCAP.

Las personas vinculadas a las empresas sociales del Estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, de acuerdo con el régimen previsto en la referida norma. Los trabajadores pueden ser de 3 categorías: i) libre nombramiento y remisión, ii) empleados de carrera y iii) trabajadores oficiales.

Sobre los trabajadores de libre nombramiento y remoción, el Artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece una lista taxativa de qué empleos tienen esa categoría. Sobre los empleos de carrera, el Artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala que serán todos aquellos que escapan de la

lista taxativa antes enunciada y que podrán ser provistos en la forma que el legislador prevé para esa categoría.

Por último, el párrafo del referido artículo dispone que todos aquellos trabajadores que desempeñan cargos no directivos y sus funciones están dirigidos el mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales, están sometidos al régimen de los trabajadores oficiales. No obstante, les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968 y, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa.

## Bibliografía

Congreso de la República. (1993) Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Congreso de la República. (1993) Ley 489 de 1993. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0489\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html)

Congreso de la República. (1993) Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Congreso de la República. (1996) Ley 344 de 1996. Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0344\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0344_1996.html)

Congreso de la República. (2007) Ley 1150 de 2007. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1263 del 6 de abril de 2000. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2459 del 13 de mayo de 2021. C.P. Álvaro Namén Vargas.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 13001-23-31-000-2000-00341-01 (25.801) del 8 de abril de 2014.MP. Enrique Gil Botero. <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=html&file=2094600>

Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 27 de enero de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-035-99.htm#:~:text=C%2D035%2D99%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20licencia%20ambiental%20consiste%20en,naturales%20renovables%20o%20el%20ambiente>

Corte Constitucional, Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-489->

