

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, 22 de abril de 2024

Señores

CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

Ciudad

El (Los) suscrito(s):

Eder Mauricio Hernández Gutiérrez, con C.C. No. 1.075.285.208,

Juan Carlos Casallas Rivas, con C.C. No. 7.713.109,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado Titulado El principio de imparcialidad en el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental en el Huila entre los años 2014 a 2017 presentado y aprobado en el año 2024 como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Público;






Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores” , los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL ESTUDIANTE: Eder Mauricio Hernández Gutiérrez EL ESTUDIANTE: Juan Carlos Casallas Rivas

Firma:  Firma: 

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS					   	
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 3

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: El principio de imparcialidad en el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado del orden departamental en el Huila entre los años 2014 a 2017

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Eder Mauricio Hernández Gutiérrez	Juan Carlos Casallas Rivas

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
Germán Alfonso López Daza	

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: Magíster en Derecho Público

FACULTAD: Ciencias Jurídicas y Políticas

PROGRAMA O POSGRADO: Maestría en Derecho Público






CIUDAD: Neiva **AÑO DE PRESENTACIÓN:** 2024 **NÚMERO DE PÁGINAS:** 164

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
 Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas
 o Cuadros X

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento:

MATERIAL ANEXO:

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS					   	
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	2 de 3

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

Español

1. Empresas Sociales del Estado
2. Régimen de contratación público y privado
3. Concreción de los principios de la función administrativa
4. Huida del derecho administrativo
5. La imparcialidad como principio de la función administrativa

Inglés

- State Social Enterprises
- Public and private procurement regime,
- Concretization of the principles of the administrative function
- Flight from administrative law
- Impartiality as a principle of the administrative function.

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

Para el efecto, inicialmente se propone estudiar la tendencia en cuanto a la sustracción natural del derecho administrativo hacia las normas del derecho privado y el denominado fenómeno “*huida del derecho administrativo al derecho privado*” desarrollado con vehemencia por la doctrina española, si este fenómeno se concreta, en virtud al régimen contractual privado, habilitado por la ley, para las Empresas Sociales del Estado en la ejecución de una función administrativa como lo es la gestión contractual, en torno a la prestación de un servicio público esencial como lo es la salud, bajo el lente del Estado Social de Derecho que promueve el estado Colombiano, como forma de organización política; en este orden, se efectuará una aproximación a los antecedentes de creación de las ESEs, el objeto, naturaleza jurídica y su régimen de contratación que como se advierte está orientado por el derecho privado, bajo el rigor, alcance y efectos de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política; destacando el crucial reto que tienen este tipo de entidades que siendo públicas, en el ejercicio de la gestión contractual, tienen la responsabilidad de realizar la adquisición de bienes y servicio bajo el régimen privado, debatiéndose así entre el control y vigilancia que propone el régimen público y las normas del derecho privado; por lo que, seguidamente se hará especial énfasis en la implementación y comportamiento del principio de imparcialidad, de cara a la escogencia de los contratistas, para alcanzar los fines propuestos, garantizando la satisfacción de las necesidades en términos de oportunidad y calidad, sin afectar derechos e intereses de los administrados, sean estos partícipes en los procesos de contratación o beneficiarios del servicio que prestan las ESEs.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



For this purpose, initially it is proposed to study the tendency regarding the natural subtraction of administrative law towards the norms of private law and the so-called phenomenon "flight from administrative law to private law" developed vehemently by Spanish doctrine, if this phenomenon is specifically, by virtue of the private contractual regime, enabled by law, for State Social Enterprises in the execution of an administrative function such as contractual management, regarding the provision of an essential public service such as health, under the lens of the Social Rule of Law that the Colombian state promotes, as a form of political organization; In this order, an approach will be made to the background of creation of the ESEs, the object, legal nature and their contracting regime which, as noted, is guided by private law, under the rigor, scope and effects of the principles of administrative and fiscal management function referred to in articles 209 and 267 of the Political Constitution; highlighting the crucial challenge faced by this type of entities that, being public, in the exercise of contractual management, have the responsibility of carrying out the acquisition of goods and services under the private regime, thus debating between the control and surveillance proposed by the public regime and the norms of private law; Therefore, special emphasis will then be placed on the implementation and behavior of the principle of impartiality, regarding the selection of contractors, to achieve the proposed purposes, guaranteeing the satisfaction of needs in terms of opportunity and quality, without affecting rights. and interests of those administered, whether they participate in the contracting processes or beneficiaries of the service provided by the ESEs.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre presidente Jurado: Mariela Méndez Cuéllar

Firma:

**EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE
LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL EN EL
HUILA ENTRE LOS AÑOS 2014 A 2017**

Juan Carlos Casallas Rivas

Eder Mauricio Hernández Gutiérrez

Universidad Surcolombiana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho Público

Neiva (H)

2023

**EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE
LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL EN EL
HUILA ENTRE LOS AÑOS 2014 A 2017**

Juan Carlos Casallas Rivas

Eder Mauricio Hernández Gutiérrez

Asesor:

Ph.D. German Alfonso López Daza

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Público

Universidad Surcolombiana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho Público

Neiva (H)

2023

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN DEPARTAMENTAL EN EL HUILA ENTRE LOS AÑOS 2014 A 2017

Resumen

Con ocasión de las medidas adoptadas para combatir la corrupción, lograr la eficiencia y transparencia y fortalecer la contratación con recursos públicos como se consagran en la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y recientemente en la Ley 1882 de 2018, resulta pertinente efectuar un estudio sobre el régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado (en adelante ESEs) que si bien es cierto se encuentran exceptuadas de la aplicación obligatoria del Estatuto de Contratación de la Administración Pública ya que se rige por el derecho privado, no dejan de ser responsables en garantizar la implementación de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución política de Colombia, sobre las normas de derecho privado que orientan su régimen contractual, conforme lo estipula el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Para el efecto, inicialmente se propone estudiar la tendencia en cuanto a la sustracción natural del derecho administrativo hacia las normas del derecho privado y el denominado fenómeno “*huida del derecho administrativo al derecho privado*” desarrollado con vehemencia por la doctrina española, si este fenómeno se concreta, en virtud al régimen contractual privado, habilitado por la ley, para las Empresas Sociales del Estado en la ejecución de una función administrativa como lo es la gestión contractual, en torno a la prestación de un servicio público esencial como lo es la salud, bajo el lente del Estado Social de Derecho que promueve el estado Colombiano, como forma de organización política; en este orden, se efectuará una aproximación a los antecedentes de

creación de las ESEs, el objeto, naturaleza jurídica y su régimen de contratación que como se advierte está orientado por el derecho privado, bajo el rigor, alcance y efectos de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política; destacando el crucial reto que tienen este tipo de entidades que siendo públicas, en el ejercicio de la gestión contractual, tienen la responsabilidad de realizar la adquisición de bienes y servicio bajo el régimen privado, debatiéndose así entre el control y vigilancia que propone el régimen público y las normas del derecho privado; por lo que, seguidamente se hará especial énfasis en la implementación y comportamiento del principio de imparcialidad, de cara a la escogencia de los contratistas, para alcanzar los fines propuestos, garantizando la satisfacción de las necesidades en términos de oportunidad y calidad, sin afectar derechos e intereses de los administrados, sean estos partícipes en los procesos de contratación o beneficiarios del servicio que prestan las ESEs.

De esta forma brindar un aporte en la comprensión del principio de imparcialidad, en un régimen exceptuado de la contratación estatal de las Empresas Sociales del Estado, identificado en sus reglamentos internos de contratación y procedimientos selección, el grado de aplicación del principio de imparcialidad, para finalmente incluir recomendaciones o propuestas que garanticen una mayor efectividad del mismo.

Palabras claves

Empresas Sociales del Estado, régimen de contratación público y privado, sustracción natural del derecho administrativo, huida del derecho administrativo, la imparcialidad como principio de la función administrativa y concreción de los principios de la función administrativa.

Abstract

On the occasion of the measures adopted to combat corruption, achieve efficiency and transparency and strengthen contracting with public resources as enshrined in Law 1150 of 2007, Law 1474 of 2011 and recently in Law 1882 of 2018, it is pertinent to carry out a study on the contracting regime of State Social Enterprises (hereinafter ESEs by their acronym in Spanish) which, although it is true that they are exempt from the mandatory application of the Public Administration Contracting Statute since it is governed by private law, are still responsible for guaranteeing the implementation of the principles of the administrative function provided for in article 209 of the Political Constitution of Colombia, on the private law norms that guide its contractual regime, as stipulated in article 13 of Law 1150 of 2007.

For this purpose, initially it is proposed to study the tendency regarding the natural subtraction of administrative law towards the norms of private law and the so-called phenomenon "flight from administrative law to private law" developed vehemently by Spanish doctrine, if this phenomenon is specifically, by virtue of the private contractual regime, enabled by law, for State Social Enterprises in the execution of an administrative function such as contractual management, regarding the provision of an essential public service such as health, under the lens of the Social Rule of Law that the Colombian state promotes, as a form of political organization; In this order, an approach will be made to the background of creation of the ESEs, the object, legal nature and their contracting regime which, as noted, is guided by private law, under the rigor, scope and effects of the principles of administrative and fiscal management function referred to in articles 209 and 267 of the Political Constitution; highlighting the crucial challenge faced by this type of entities that, being public, in the exercise of contractual management, have the responsibility of

carrying out the acquisition of goods and services under the private regime, thus debating between the control and surveillance proposed by the public regime and the norms of private law; Therefore, special emphasis will then be placed on the implementation and behavior of the principle of impartiality, regarding the selection of contractors, to achieve the proposed purposes, guaranteeing the satisfaction of needs in terms of opportunity and quality, without affecting rights and interests of those administered, whether they participate in the contracting processes or beneficiaries of the service provided by the ESEs.

In this way, provide a contribution to the understanding of the principle of impartiality, in a regime excepted from state contracting of State Social Enterprises, identified in their internal contracting regulations and selection procedures, the degree of application of the principle of impartiality, to finally include recommendations or proposals that guarantee greater effectiveness.

Key Words

State Social Enterprises, Public and private procurement regime, flight from administrative law, principles of administrative function and principle of impartiality.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. EL REGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO: UNA MIXTURA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO	11
1.1. Discusión teórica sobre la salida del derecho administrativo de su campo natural de aplicación, hacia las normas del derecho privado	11
1.2. Antecedentes de la creación de las Empresas Sociales del Estado	17
1.3. Objetivos y naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado	22
1.4. Aproximación al régimen de contratación de las Empresas Sociales Estado	24
1.5. Los principios de la función administrativa en la contratación de las Empresas Sociales del Estado.	31
1.6 Régimen contractual de las ESEs: una huida del derecho administrativo hacia el derecho común.	38
CAPITULO II. LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO	44
2.1. Principios de la contratación en el derecho privado	44
2.1.1. Principio de la autonomía de la voluntad	46
2.1.2. Principio del consensualismo	48
2.1.3. Principio de legalidad	50
2.1.4. Principio de normatividad	51
2.2. El principio de imparcialidad en la contratación de las Empresas Sociales del Estado.	53
2.3. Desarrollo jurisprudencial del principio de imparcialidad	60
2.4. El principio de imparcialidad y su conjunción natural con otros principios rectores de la gestión pública contractual.	74
CAPÍTULO III. RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER DEPARTAMENTAL EN EL HUILA.....	83
3.1. Resultados y análisis de la manifestación normativa del principio de imparcialidad en los manuales de contratación	83
3.1.1. En cuanto a la identificación de los principios que regulan la gestión contractual en cada ESE	83
3.1.2. Las modalidades de selección y sus requisitos para la escogencia del contratista	87
3.1.3. Medios de publicidad especificados en los manuales de contratación para el desarrollo de sus procesos de selección.....	111
3.2. Resultados y análisis de la manifestación práctica del principio de imparcialidad en los procesos de contratación	118
3.2.1. Análisis de los procesos de selección simplificada de la ESE de Garzón	119
3.2.2. Análisis de los procesos de selección simplificada de la ESE de Pitalito	125
3.2.3. Análisis de los procesos de convocatoria pública de la ESE de Pitalito	130
3.2.4. Análisis de los procesos de convocatoria pública de la ESE de Neiva	134
3.2.5. El caso de la ESE de la Plata	139
CONCLUSIONES	139
RECOMENDACIONES	145
REFERENCIAS	149

INTRODUCCIÓN

A partir de la evolución jurisprudencial constitucional, la salud ha sido entendida y aceptada como derecho fundamental y servicio público esencial (Const. P., art. 19, 1991) que hace parte del Sistema de Seguridad Social (L. 100, arts. 1; art. 4, 1993), definida no solo como la ausencia de enfermedad o padecimiento humano, sino como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud, 1946, p.1), con lo que indudablemente se busca la consecución de las mejores condiciones de existencia de las personas para la ideal realización de sus vidas.

Bajo el nuevo esquema estatal – Estado Social de Derecho- y la evolución doctrinal del concepto mismo de servicio público, cuya definición ya permite esquemas que se alejan de exclusividad del Estado en su prestación, y que al contrario, admiten la participación de los particulares en la prestación de los mismos en virtud de los principios de libertad de asociación, iniciativa privada y libre competencia, en Colombia, la regulación de este servicio, específicamente la Ley 100 de 1993, establece un esquema de prestación compartido entre Estado y particulares, reservando para el primero la organización del sistema de seguridad social en salud subsidiado, dirigido a la población vulnerable que no tiene como financiar un sistema privado, a través de las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud – EPS.

Para asumir esta prestación, el Estado crea entidades especializadas, cuya naturaleza corresponde a las Empresas Sociales del Estado con características y calidades específicas para el desarrollo de su objeto social, sujetas a dinámicas propias encaminadas a la efectiva, oportuna y adecuada prestación del servicio, sin embargo, y teniendo en cuenta que para el desarrollo de su objeto social las ESE están sometidas a unas altas y demandantes exigencias que imperiosamente

conlleven a la adquisición de bienes y servicios en forma ágil y eficiente, y aunado al hecho de que en Colombia, el derecho administrativo y concretamente la regulación en materia de contratación estatal, ha sido objeto de críticas constantes por su excesivo ritualismo que lo ha tornado ineficiente tal como se ha expuesto por el propio legislador en las exposiciones de motivos tanto de la Ley 80 de 1993 como de la Ley 1150 de 2007 (Gacetas 075/92 y 466/05), la Ley 100 de 1993 en el numeral 6 del artículo 195 estableció que en materia contractual, las Empresas Sociales del Estado se gobernarán por el derecho privado.

En este sentido, el legislador consideró conveniente fijar el régimen contractual de las ESE bajo el amparo del derecho privado con el fin de promover la flexibilización de los procesos de contratación que adelantan dichas entidades al no someterse al procedimentalismo propio del estatuto de contratación estatal, ampliando su campo de acción al poder contratar con mayor libertad con quien consideren indicado en razón de la necesidad y estructurar su proceso de selección y ejecución, en pro de satisfacer debida y oportuna demanda de los servicios que prestan, no obstante, en su condición de entidades públicas se encuentran sujetas -además de las disposiciones civiles y comerciales- a los principios de la función administrativa (L. 1150, art. 13, 2007), determinándose el principio de imparcialidad como uno de los principios más importantes para el desarrollo de la contratación de una entidad estatal, ya que se espera que a través de este se garantice los derechos de los participantes y la satisfacción del interés general al permitir a la entidad la selección de la oferta más favorable, sin acudir a criterios subjetivos o de afecto, que coincide con el principio de selección objetiva previsto en el art. 5 de la Ley 1150 de 2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente estudio presenta un análisis de la incorporación y cumplimiento del principio de imparcialidad en el régimen de contratación de las Empresas

Sociales del Estado del orden departamental en el Huila entre los años 2014 a 2017. Para este propósito, en el capítulo I se exponen las generalidades del régimen jurídico y de contratación de las ESE y se hace un análisis reflexivo frente a la concurrencia del derecho público y el derecho privado en el régimen contractual de estas entidades. Posteriormente, en el capítulo II se aborda lo concerniente a las manifestaciones del principio de imparcialidad en las ESE, a partir del desarrollo jurisprudencial y la conjunción natural con otros principios rectores de la gestión pública contractual.

En el capítulo III se exponen los resultados evidenciados frente a la manifestación normativa y práctica del principio de imparcialidad en las ESE de la Plata, Neiva, Garzón y Pitalito, a la luz del análisis documental de sus manuales y una muestra de los procesos de contratación celebrados durante el periodo en estudio. Finalmente se concluye frente a la manifestación de este principio en el régimen contractual de las ESE analizadas y se presentan recomendaciones para el fortalecimiento de la imparcialidad en la gestión contractual de estas entidades.

CAPÍTULO I. EL REGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO: UNA MIXTURA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

1.1. Discusión teórica sobre la salida del derecho administrativo de su campo natural de aplicación, hacia las normas del derecho privado

Como es sabido, el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula todo el actuar del Estado, tanto en su organización y funcionamiento interno en cada una de sus instituciones, como en su interrelación con los demás órganos de poder y de manera especial frente a los particulares, es decir, que representa un instrumento garante de derechos que los gobernados esperan sean respetados y materializados, cuando se dirigen a la Administración y de manera específica ante la prestación de servicios con el carácter de públicos y los que guardan la concreción de derechos fundamentales, como la vida, salud, educación, entre otros.

En el marco de un Estado Social de Derecho, el derecho administrativo adquiere un papel fundamental en la medida que refuerza el hecho de que la Administración pueda contar con amplias facultades que le permitan responder a estas nuevas exigencias sociales, económicas, humanas, siendo éstas de diferente objeto, contenido y finalidad; por lo que, se ha visto inexcusablemente llamado a contemplar procedimientos reglados para el desarrollo de la actividad estatal.

En el mismo sentido, estas herramientas también se encuentran concebidas para limitar no solo el ejercicio arbitrario del poder, sino su detentación marcada por actos de corrupción, bajo el querer subjetivo o caprichoso de sus operadores, incorporando garantías de respeto a los

administrados, así como la posibilidad de intervenir en sus actuaciones y controvertir las decisiones que se tomen y les puedan afectar.

En este orden de ideas, el papel del derecho administrativo ha sido y sigue siendo preponderante en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, a través del tiempo, lo que realmente se ha observado o reclamado por las dinámicas sociales y económicas es la necesidad de reducir su aplicación natural, ante determinadas actividades de carácter público, que guardan un sentido rigor en su prestación por estar vinculadas al respeto, materialización de derechos fundamentales, que requieren de mayor eficiencia y agilidad por parte del Estado; lo que ha conllevado a que se presuma, que el derecho administrativo en determinados eventos, se torne rígido y paquidérmico y en consecuencia ineficiente e inconveniente para el cumplimiento de urgentes responsabilidades en cabeza de la administración pública, que exigen procesos expeditos con el objetivo de atender con oportunidad y calidad las necesidades de los ciudadanos.

Debido a este panorama, se ha venido discutiendo en la doctrina –principalmente española– sobre el fenómeno por ellos denominado como huida del derecho administrativo, conceptualizado según Serrano (2015) apoyado en las posturas de Brewer Carías, como la adopción de técnicas y formas propias del derecho privado por parte de las entidades de carácter público, principalmente debido a las limitaciones que conlleva el desarrollo de actuaciones y procedimientos administrativos.

Es precisamente por causa del escepticismo acerca de la ineficiencia del derecho administrativo para poder atender los fines sociales que persigue el Estado, que se empieza a determinar la utilización preponderante de formas del derecho privado bajo el entendido de que

éstas son ágiles, flexibles, eficientes y sobre todo, permiten mayor libertad frente a los controles y límites propios de éste. (Nevado y Bravo, 2010).

De hecho, siguiendo a Serrano (2015), en la doctrina ibérica se ha evidenciado que la administración pública en la historia española ha usado formas del derecho privado de manera constante, de ahí que concluya que el derecho administrativo no es exclusivo ni excluyente de otras ramas, sino que por el contrario se presenta una inter-aplicación con el derecho privado.

Continúa el doctrinante aclarando que este fenómeno - la huida del derecho administrativo - no puede pregonarse frente a cualquier actividad o situación que esté a cargo del Estado, sino de aquellas sobre las cuales se advierta que una función eminentemente administrativa sea desarrollada bajo prácticas o normas que no son del derecho administrativo –que sería el que correspondería- sino del derecho privado. Como ejemplo de los escenarios en los que no se configura este tópico, se encuentran la descentralización por colaboración, la privatización de entidades públicas y las sociedades mercantiles de carácter estatal, especializadas en producción y comercialización de bienes y servicios, todas sujetas al derecho común por su propia naturaleza y no por el hecho de comportar función administrativa como tal que pudiera escapar al derecho administrativo.

No hay que olvidar que la actividad estatal también se encuentra inspirada en principios dinámicos, que dan sentido a su desarrollo sin tener que abandonar el derecho administrativo que le es aplicable por naturaleza. Sobre este asunto Nevado y Bravo (2010) indicó que la administración sin necesidad de atender al derecho privado tiene el deber constitucional de actuar con eficiencia, celeridad y economía en su desarrollo, así lo reconocen tanto la Constitución

colombiana como la española, con lo que se les otorga primacía a estos mandatos respecto al resto del ordenamiento jurídico.

Esta propuesta se ajusta a la sana lógica de no alcanzar un fin por cualquier medio, atendiendo siempre a la racionalidad, según lo dicho por Martín (1992, como se citó en Villar, 1994, p.108) “en el ámbito público, la eficacia no puede alcanzarse a cualquier precio”. Lo que invita a no actuar con la ligereza de abandonar las reglas de derecho público por parte de la administración para ir detrás de una anhelada libertad, vista en términos de flexibilidad y dinamismo, que tendría como consecuencia la exposición del interés general, y un riesgo latente en cuanto a la materialización de las garantías constitucionales y de control como derechos de los ciudadanos, que constituyen un escudo de defensa frente al actuar del poder público.

Como ejemplo de los problemas que deriva la falta de controles sobre la administración que dispone de los recursos públicos, Ariño (1972, como se citó en Fernández y López, 2017), al estudiar el estatuto de la empresa estatal ferroviaria de España refiere que con la excusa de contar con una mayor flexibilidad se adjudicaban libremente contratos por valores exorbitantes, lo cual resulta inaceptable, proponiendo como salida la introducción de normas que den una garantía posterior e igualmente permitan una mayor agilidad en la actuación de las entidades estatales.

Es por ello que Fernández y López (2017) propone que se trabaje entorno a la adaptación del derecho administrativo a las nuevas exigencias sociales y que se busque remediar los problemas detectados desde la misma legislación administrativa, evitando recurrir sin reparo alguno a las formas del derecho privado, que lo único que hacen es asfixiar toda posibilidad de evolución del derecho administrativo, y a la medida que esto avanza hace más difícil que se vuelva a los causes originarios de este derecho que lo identifica y posiciona como derecho garante.

Ahora bien, tanto en el caso colombiano como español, encontramos visiones doctrinales diferentes, por cuanto algunos autores como Santofimio (2001, citado por Serrano, 2015) señala que el régimen jurídico es uno solo, que funciona todo interrelacionado no existiendo fenómeno alguno, cobrando vital importancia el cumplimiento de los fines sociales, siempre que mantenga, el respeto por el principio de legalidad que impera tanto para el régimen público como el privado.

En contraste el mismo Marín (2008, citado por Serrano, 2015) resalta como desventaja el riesgo en que esta el ejercicio del poder estatal de cara a la flexibilidad del derecho privado y su falta de capacidad para garantizar la materialización de los principios de la función administrativa y el riesgo en que en este caso se estaría, frente a el ejercicio racional del poder estatal y la defensa de los derechos fundamentales.

Concluye el autor Serrano (2015), frente al fenómeno de la huida del derecho administrativo que el reproche se centra en la disociación que se pueda generar, entre la actividad, función de carácter administrativo y el derecho administrativo como régimen jurídico a aplicar; fenómeno que señala el autor, no se configura en Colombia, tal como se ha desarrollado y acusado en el caso de España, por cuanto en Colombia si bien es cierto, la Constitución Política de 1991, como política jurídica, permite a la administración pública, adoptar formas del régimen privado, las reformas administrativas se han realizado sin que exista una extensa o profunda disociación entre la actividad y el régimen, al respecto aduce, cómo la Corte Constitucional en materia de servicios públicos, ha intervenido señalando que no son considerados una función pública administrativa, resaltando que la constitución como norma jurídica, habilita a los entes descentralizados para su prestación; ejercicio que no está desligado del rigor, observancia de los principios de la función administrativa, control de tutela, control fiscal, debida gestión y

transparencia, entre otros aspectos, propios del derecho administrativo desde su rol de vigilancia y control.

Por su parte Nevado y Bravo, (2010), advierte que, en un Estado Social de Derecho, existen ataduras constitucionales que limitan a la Administración Pública frente a la potestad de adoptar el régimen privado, debiendo el Estado velar por que estas decisiones estén regidas sobre la subsistencia de la legalidad – eficiencia, en respeto y garantía de los derechos de los administrados, o menoscabo de los fines constitucionales.

En este orden de ideas, se advierte con claridad que en Colombia se ha acudido a las normas de derecho privado en diversos espacios, como ocurre con las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, entidades prestadoras de servicios públicos esenciales como la salud y la educación, de servicios públicos domiciliarios, entre otras; comprendiéndose que algunas de estas actividades por su naturaleza, como las de producción y manejo de los mercados para la provisión de bienes y servicios, se sitúan en el ámbito del derecho privado con miras a garantizar el principio de la libre competencia propio de este régimen.

Sin embargo, acudiendo de manera específica, a la prestación del servicio público de salud, que tiene a su vez la connotación de derecho fundamental, es inevitable caer en el pensamiento inmediato de sugerir que el mismo, debiera estar sumido en las normas de derecho público, cuestionando abiertamente la capacidad de reacción, funcionalidad y respuesta del derecho común de cara a los rigores y garantías que se comprende deben coexistir, sin excusa alguna en la práctica de esta actividad fundamental, máxime si tenemos en cuenta que estamos frente a un servicio público esencial que naturalmente convoca a un cubrimiento universal, especialmente a las poblaciones más vulnerables o en estado de indefensión.

1.2. Antecedentes de la creación de las Empresas Sociales del Estado

Con anterioridad a la creación de las ESEs para asumir directamente el servicio de salud a cargo del Estado, esta actividad tuvo una amplia evolución, a la cual se refiere Wong (2011) en su trabajo dedicado a la contratación de las ESEs, conforme al cual se resalta que inicialmente este servicio se asumió con base en actividades netamente higienistas, es decir, dedicadas exclusivamente a la salubridad pública con el fin de evitar ambientes que propicien enfermedades, estando en cabeza de la Junta Central de Higiene, encargada de adecuar la legislación nacional a las convenciones sanitarias internacionales para lograr una apertura económica. Además, existía una precaria red pública de centros de salud con enfoque asistencialista frente a la población más pobre que no contaba con recursos suficientes para sufragar gastos médicos, puesto que la primera construcción del sistema de salud fue realizada por particulares que demandaban servicios de salud y tenían el capital suficiente para pagarlos, consolidando así su propio sistema.

Según lo recuerda Contreras, (2009, como se citó en Wong, 2011) en el año de 1946 se creó el Ministerio de Higiene, y posteriormente el Plan Hospitalario Nacional en 1968 y la reformulación del Sistema de Salud en 1975. Pero se aclara que para el año de 1945 por medio de la Ley 6 se creó la Caja Nacional de Previsión para atender las necesidades de salud de los trabajadores públicos y para el año siguiente se creó mediante la Ley 90 de 1946 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para los trabajadores particulares; lo cual evidencia que no obstante la existencia de más estructuras que se consideran sólidas para el sector de la salud, las deficiencias respecto a la atención de la población en situación de pobreza desvinculada laboralmente persistían, de ahí la necesidad de continuar prestando los servicios de salud por gracia de la caridad.

En el año de 1969 se expidió la Ley 39, que establece el Plan Hospitalario Nacional que apostó a la puesta en marcha de los hospitales públicos, los cuales se sostenían financieramente a través del Fondo Nacional Hospitalario, que recogía recursos del Instituto de Seguros Sociales, para la construcción e implementación de estos hospitales, pretendiendo ampliar la cobertura de los sectores no cobijados por el sistema que creó este instituto (Wong, 2011).

Así nos adentramos a una etapa de declive del Sistema Nacional de Salud; en 1969 entró en aplicación y desarrollo el Plan Nacional Hospitalario, más adelante, en 1975 se organiza formalmente el Sistema Nacional de Salud, destacándose dentro de su desarrollo normativo el Decreto 356 de 1975 mediante el cual se implementó una reorganización al sistema de salud con el propósito de lograr un desarrollo más armónico, realizando una diferenciación entre entidades adscritas y vinculadas, al sistema de salud, especificando que las entidades públicas en salud se entienden adscritas y las entidades privadas que concurren a prestar los servicios de salud tendrán el carácter vinculadas al sistema, clarificando las facultades y obligaciones, que emanan de cada una.

En este orden observamos como el sistema de salud en Colombia en su evolución, antes de la Ley 100 de 1993 se prestó a través de tres formas que cubrían parte de la población, con preeminencia frente a la clase trabajadora del sector privado o público y particulares con capacidad de pago y acceso a la misma; esto bajo tres sistemas: por una parte el de Seguridad Social, previsto para los trabajadores privados a través del Instituto de Seguro Social -ISS- y para el cubrimiento del sector público, estaba la denominada Caja Nacional de Previsión (Cajanal) que aseguraban a los empleados públicos; por otra parte, encontramos el Sistema Privado, que va surgiendo en torno a las necesidad de una población con capacidad de pago y sin vínculo laboral, creando y agrupando

clínicas, consultorios y seguros privados, en donde se acude a las pólizas de medicina y la consulta privada.

Finalmente tenemos el Sistema Nacional de Salud, que suplía las necesidades de salud para el resto de la población colombiana, sin afiliación o sin posibilidades de pagar o aportar para acceder al cubrimiento de salud, sector que es financiado por el Estado en donde los hospitales públicos recibían directamente los recursos para su funcionamiento y la prestación del servicio de salud.

El Sistema Nacional de Salud sufrió diversas modificaciones durante treinta años hasta la expedición de la Ley 10 de 1990, esta ley guarda un papel importante en cuanto a la prestación del servicio de salud que se descentraliza a nivel administrativo, en donde las entidades territoriales del orden departamental y municipal en nombre del Estado se convirtieron en las principales responsables de la prestación del servicio de salud de este sistema, previsto por niveles de atención según sus capacidades físicas y estructurales, los municipios brindando atención de primer nivel a través de sus hospitales locales, los centros y puestos de salud y los departamentos prestando servicios de segundo y tercer nivel de atención, por medio de los hospitales regionales, universitarios y especializados.

Con la Constitución Política de 1991 que adopta un Estado Social de Derecho, en armonía con lo dispuesto en su artículo 49, se da apertura a uno de los cambios más significativos sobre la definición y forma del sistema de salud en Colombia, toda vez que, su enunciación en el artículo 49, promueve no solo su prestación como un servicio público, sino que determina la responsabilidad directa en su prestación a cargo del Estado, con el deber de garantizar su acceso a todas personas, lo que implica que la salud, se defina y preste no solo como un servicio público

esencial, sino, como un derecho, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Es así como, al promulgarse y asumirse el acceso al sistema de salud como un derecho, se crea un especial contexto en donde el Estado no solo sigue siendo garante en su debida prestación, sino que se renueva y refuerza la responsabilidad que tiene de brindar garantías que apunten a una cobertura que tenga como destinatario el total de la ciudadanía, sin que la capacidad de pago sean una limitante para acceder a los servicios.

Las disposiciones de la actual Constitución propiciaron una revaluación en el sistema de salud, en desarrollo de las cuales se expidió la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en el ámbito público el régimen subsidiado para quienes no cuentan con los recursos para financiarlo y la creación de las nuevas entidades públicas que suministran las prestaciones en salud en nombre del Estado, bajo la denominación de Empresas Sociales del Estado, pasando a estas nuevas instituciones, la totalidad de las entidades descentralizadas del orden nacional y territorial que tenían por objeto la prestación directa de estos servicios (L. 100, art. 196 y art.197, 1993).

Posición que es reafirmada por el Decreto 1298 (1994), correspondiente al entonces Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que establecía qué dependencias que presten los servicios de salud de las cajas, fondos, entidades provisionales o entidades públicas con otro objeto social, podrán suprimirse o convertirse en Empresas Sociales del Estado para su subsistencia (Dec. 1298, art. 68, 1994); aunque se aclara que dicho decreto fue declarado inexecutable por la Sentencia C 255/95 emitida por la Corte Constitucional, (1995), por violar la prohibición de expedir códigos a través de facultades extraordinarias.

Pero superado este escollo, se expidió el Decreto 1876, (1994), por el cual se reglamentó los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 26 dispuso el diseño de manuales técnicos por parte Ministerio de Salud que faciliten y orienten la adecuación de los hospitales a la organización propuesta para las ESEs; complementado con el artículo 27 que ordena el asesoramiento del citado ministerio en la transformación y funcionamiento de las entidades prestadores del servicio convertidas en ESEs.

Es así como a través de la Ley 100 de 1993 se surten cambios trascendentales al sistema de salud colombiano, creándose el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), que incorpora un sistema general de pensiones, de Seguridad Social en salud, un sistema de riesgos laborales y los servicios sociales complementarios. Aparecen las denominadas, empresas prestadoras de salud EPS que pueden ser públicas o privadas, encargadas de la afiliación de la población y administración del recurso de la seguridad social; las EPS a su vez son autorizadas para contratar con las IPS que componen los espacios o centros de atención medica de los afiliados, en donde el capital que principalmente soporta el sistema de salud tiene como fuente, recursos de orden público y los correspondientes aportes, cotizaciones de los ciudadanos, empleados y empleadores.

Conforme los criterios de descentralización y autonomía que promueve la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 abre el paso para que los hospitales públicos se conviertan en las hoy denominadas Empresas Sociales del Estado –ESE-, entidades que se gestan con un rol primordial cual es prestar servicios de salud a cargo del Estado, como entidad, pero con personería jurídica propia, autonomía administrativa y financiera, regidas por el régimen privado, conforme lo expresa la citada Ley 100 de 1993 en su artículo 194.

1.3. Objetivos y naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado

Con la expedición de la Ley 100 de 1.993 se dio origen a la transformación de los hospitales públicos, a Empresas Sociales del Estado -ESEs-, surtiéndose su reglamentación en cuanto a principios, organización, objetivos, régimen jurídico entre otros aspectos, a partir de la expedición del Decreto 1876 de 1994. Las Empresas Sociales del Estado –ESEs-, tienen por objetivo principal prestar el servicio de salud, en nombre y a cargo del Estado, como un servicio público, con el propósito de recuperar o mantener el estado óptimo de salud y bienestar de la ciudadanía (Dec. 1876, art. 2., 1994) servicios que son prestados, de acuerdo con el nivel de atención en el cual se encuentren clasificados por la complejidad de los servicios que prestan, esto dentro de la organización propia del sector de la salud.

Establece así mismo el citado Decreto en su artículo 4, unos objetivos para las ESEs, que de forma taxativa advierte, se deben materializar acudiendo a los términos de eficiencia y efectividad, como lo es prestar los servicios de salud con calidad que la población requiera, de acuerdo con su desarrollo y recursos disponibles, garantizar, la rentabilidad social y financiera de la Empresa Social; así como ofrecer a las entidades promotoras de salud y personas naturales y jurídicas que los demanden, servicios y paquetes a tarifas competitivas en el mercado, adecuando para ello sus servicios y funcionamiento a los requerimientos del entorno, de forma permanente, por último resalta la importancia de garantizar la participación ciudadana y comunitaria conforme los mecanismos establecidos por la ley y los reglamentos.

Se resalta que los objetivos enlistados en la norma, deben así mismo, estar orientados por el acatamiento de dos principios básicos; la eficiencia y calidad, comprendido el primero, como la óptima utilización de los recursos, técnicos, materiales, humanos y financieros, y el segundo

convoca a la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos científico-técnicos y administrativos y mediante la utilización de la tecnología apropiada, todo ello, con el propósito de mejorar las condiciones de salud de la población atendida. (Dec. 1876, art. 3., 1994).

En cuanto a la naturaleza jurídica el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 estableció que las ESEs son una categoría especial de entidad pública descentralizada por servicios para mayor capacidad de acción y especialidad en sus asuntos, con personería jurídica propia, que los convierte en sujetos de derechos y obligaciones para su interacción social, patrimonio propio con el cual respaldar sus acciones y autonomía administrativa para tomar sus propias decisiones con miras al cumplimiento de su objeto social.

Frente a su régimen jurídico, la Ley 100 de 1993 estable en su artículo 195, unos parámetros a tener en cuenta en la existencia de estas instituciones, como lo son:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado.
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su

especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley. 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales. 9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

Del texto citado, resulta determinante advertir que la misma ley se ha ocupado en establecer cuál es el régimen jurídico al que se encuentran sometidas las ESEs, desde su integración, composición, estructura y régimen del personal vinculado, siendo particularmente expresa su remisión frente a la aplicación del derecho privado en materia de contratación, sin que sea excluyente sobre su trascendental responsabilidad frente la correcta administración e inversión de los recursos públicos de la salud, y por ende el carácter de entidades vigiladas por los órganos de control fiscal del Estado.

1.4. Aproximación al régimen de contratación de las Empresas Sociales Estado

La contratación corresponde a uno de los principales instrumentos para lograr el cumplimiento de los fines del Estado, el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes, la satisfacción de necesidades de las comunidades así como la prestación de los servicios públicos (Const. P., art. 2., 1991) entre los que se incluye el servicio de salud, en cuya prestación intervienen las ESEs, por consiguiente se considera de gran interés estudiar su régimen jurídico y los procedimientos de compras y contratación empleados por las ESEs para la adquisición de los bienes, obras o servicios que requieren para la realización de su objeto.

En materia contractual, atendiendo a la naturaleza del servicio público esencial que prestan, la Ley 100 de 1993 en el numeral 6 del artículo 195 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, estableció que las Empresas Sociales del Estado se regirán por el derecho privado, excluyéndolas de la aplicación de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establecido principalmente en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007. Sin embargo, en razón de su naturaleza jurídica pública, de la administración y disposición de recursos públicos, así como la actividad de interés general que desarrollan, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, estableció su deber legal de aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Así las cosas, la ley ha previsto el régimen jurídico al que se encuentran sometidas las ESEs, en particular la forma como debe integrarse la junta o consejo directivo, la designación del representante legal, el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales para el personal vinculado, el régimen presupuestal; resaltando la remisión que expresamente se hace frente a la aplicación del derecho privado en materia de contratación, entre otros aspectos.

Por su parte, el citado Decreto 1876 de 1994, consagra en su artículo 15 que las ESEs se sujetaran al régimen jurídico de las personas del derecho público, salvo las excepciones legales, y en el artículo 16 señala abiertamente, que se aplicará en materia de contratación las normas del derecho privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia, y que no obstante ello, a su vez podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública, creando así, una particular simbiosis de aplicación, de normas de derecho público, bajo el ropaje del régimen contractual privado.

Esta habilitación legal sobre la vigencia u encuentro práctico de normas de derecho público y privado en el ejercicio de la contratación, nos advierte sobre el destacado privilegio, prerrogativa de poder que sostiene la utilización de las cláusulas exorbitantes en el ámbito público y que de inmediato lleva al cuestionamiento, sobre el quebranto que en este caso sufre el principio de igualdad que abandera la contratación privada.

Adicionalmente en la Ley 489 de 1998 que establece la organización y función administrativa para los organismos y entidades de la rama ejecutiva del poder público, precisa en su artículo 83 que las ESEs, sean nacionales o territoriales, se regirán por sus disposiciones, en aspectos no regulados por la Ley 100 de 1993 ni por Ley 344 de 1996 que racionaliza la inversión pública; resaltando el aporte que realiza la primera de estas leyes, en cuanto a los principios y reglas sobre la organización y funcionamiento de la administración pública, que sirven de fundamento para la labor que realizan las ESEs.

Así mismo, se ha de precisar que teniendo en cuenta el carácter de entidad pública expreso que conservan las ESEs y por tanto, su ineludible, directa responsabilidad frente a la capacidad que debe comportar en la debida administración de los recursos públicos que como reiteradamente lo define la norma debe hacerse en términos de calidad, eficiencia y eficacia; lo anterior compone así una obligación permanente que constitucionalmente la califica como entidad objeto de vigilancia y control por parte de la Contraloría General de República. (Cont. P., art. 267, 1991). Conforme lo anterior, se ha de concluir que, si bien se ostenta la abierta posibilidad de ejercer la contratación de sus bienes, servicios y obras, bajo las disposiciones del régimen privado, es vigilada permanentemente en su gestión fiscal, por el órgano de control fiscal previsto por el Estado para el efecto.

Ante esta especial simbiosis de normas del derecho público y privado, encontramos en el trabajo denominado “En torno al régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado”, realizado por Lozada (2006), en el que teóricamente se ocupa de establecer el régimen aplicable a la contratación de las mencionadas empresas, cual es la jurisdicción competente y la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos para la resolución de controversias contractuales y las formas asociativas en las que pueden participar. Pero con especial atención en cuanto a su régimen contractual, entre lo público y lo privado, se resaltan aspectos como la facultad legal de aplicar derecho privado, su calidad de entidad pública, la utilización de formas contractuales del estatuto general de contratación estatal, la aplicación de cláusulas exorbitantes propias del Estado, y la celebración de contratos con otras entidades estatales.

No obstante, el privilegio otorgado frente al uso de las cláusulas exorbitantes, observamos la prevalencia del régimen privado atendiendo la prerrogativa legal concedida. El derecho privado se desarrolla con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que se deriva del artículo 1602 del Código Civil, (1887) conforme al cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, lo que indica que los particulares o quienes están cobijados por dicha normatividad, pueden contratar todo cuanto deseen siempre que no contrarié otras disposiciones legales, otorgando una especial connotación a las estipulaciones que realicen al respecto, pudiendo entonces gobernarse comúnmente por lo que libremente acuerden.

Este principio de autonomía de la voluntad y libertad a la hora de contratar entendido como el querer interno que se exterioriza en la aceptación del vínculo contractual con otra persona en búsqueda de un objetivo particular, según Puentey (1991, como se citó en Soto, 2003) corresponde

al “poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas obligatorias entre sí” (p.524). De donde se puede concluir que la autonomía de la voluntad en el derecho privado es causa fidedigna para que las personas con capacidad de disposición se obliguen.

Unido a la autonomía de la voluntad se encuentra el principio de la consensualidad que predica la necesidad de llegar a un acuerdo entre las partes intervinientes en el contrato, para fijar las reglas sobre el desarrollo de este, siendo entonces el contrato producto de la voluntad coincidente de las partes, que unifican su querer con el propósito de consolidar el pacto (Sarmiento y Flórez, 2002). Este principio encuentra fundamento en el artículo 864 del Código de Comercio, (1971) que preceptúa “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”

Adicionalmente, para garantizar la justicia y la equidad de los contratos que se celebran bajo su abrigo, se reconoce en el régimen privado el principio de no abuso del derecho, que impide que las personas argumentando la utilización de un derecho que les pertenece, generen algún perjuicio a otra, al ejercer este por encima de lo que razonablemente se permite. En armonía con ello, procede en el ámbito privado el principio de la buena fe, entendido como el deber de actuar por parte de los contratantes durante todo el negocio jurídico de forma leal y correcta (Soto, 2003); con lo que se pretende evitar sacar un provecho sin justa causa por parte de uno de los contratantes, respecto de la otra parte. Sin embargo, se advierte que estos principios son más de índole subjetivo, los cuales pueden o no reflejar la realidad del negocio jurídico de acuerdo con la conciencia de los contratantes.

Por otra parte, el principio de la imprevisión, propio del derecho privado y consagrado en el artículo 868 del Código de Comercio, (1971) que también tiene aplicación en el derecho administrativo según el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” busca salvaguardar la igualdad de las partes, cuando se presenta un desequilibrio en la ejecución del contrato que no se podía prever al momento de su celebración. Pues como lo advierte Gáfaró (1984) la teoría de la imprevisión opera cuando en el desarrollo de un contrato de tracto sucesivo se presentan circunstancias que lo conviertan en demasiado oneroso para una de las partes, ésta deja de estar obligada a cumplirlo pues se le generaría un perjuicio que no tiene que soportar, en lugar del provecho que busca. Esto al igual que las anteriores consideraciones, son de cardinal importancia para el desarrollo del derecho privado, por ello es preciso ahondar aún más, para determinar de mejor manera el contenido de la contratación en el derecho privado.

Es claro, que la legislación privada promulga unos principios específicos que se fundan en la libertad de las partes para obligarse, la igualdad con que actúan en sus relaciones y el deber de cumplir observando la buena fe, sin embargo en este caso específico, vemos como uno de los extremos o parte contratante, tiene un supremo deber que convoca el interés general, la guarda de un derecho fundamental en conexión con la vida, que indiscutiblemente se torna excluyente en cuanto al interés particular que naturalmente reviste el otro extremo contractual, bajo su natural interés de utilidad comercial, de ahí el razonado cuestionamiento que surge frente al resultado esperado ante esta simbiosis jurídica, de dos regímenes que tienen un marcado interés que inevitablemente se contraponen.

Resulta así mismo acertado señalar, que la actividad contractual de las entidades del estado corresponde a un tema de actualidad y especial interés para la ciudadanía en general, el sector empresarial, la academia y de manera especial para el gobierno, preocupación que se ha visto marcada en la necesidad constante de implementar instrumentos y herramientas que permitan prevenir la corrupción en la inversión de importantes recursos públicos, la implementación de mejores prácticas que garanticen mayor pluralidad de oferentes en condiciones de igualdad en los procesos de contratación para una mejor selección, así como lograr ser más eficientes, transparentes en la optimización de los distintos recursos estatales.

No cabe duda entonces sobre el determinante papel que ostenta el Estado, en el ejercicio de la contratación de las ESEs, no solo brindando seguridad jurídica a los partícipes de los procesos contractuales en su selección, sino a su vez, a las partes contratantes, para garantizar el cumplimiento de los contratos evitando actuaciones arbitrarias o convenientes en detrimento de una de las partes contratantes.

Al respecto la Sentencia radicada bajo el Exp. 46.185, emitida por la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2016), señala que en el caso específico de los contratos de las ESE, su ejercicio debe estar siempre ligado al imperioso reconocimiento de la salud como un servicio público y que el objeto de las Empresas Sociales del Estado corresponde a su prestación precisamente en representación del Estado o como parte del sistema del servicio público de seguridad social, de suerte que, en todos los casos, la entidad estatal no está eximida de respetar y cumplir los principios consignados en el artículo 209 de la Constitución Política, en armonía con lo ordenado en la Ley 1150 de 2007.

De lo expuesto es posible colegir que las Empresas Sociales del Estado guardan una titánica responsabilidad en la ejecución de sus recursos, toda vez, que son garantes del interés general, debiendo aplicar un régimen privado, en el cual, no son completamente autónomas y libres en sus decisiones, ya que la selección del contratista, planeación de la necesidad contractual, ejecución del contrato incluso su liquidación, debe sujetarse a procedimientos especiales que restringen y obligan a respetar reglas preestablecidas, que garanticen el cumplimiento de los principios que rigen la contratación de las entidades públicas.

1.5. Los principios de la función administrativa en la contratación de las Empresas Sociales del Estado.

En este orden, observamos como las ESE fueron creadas a partir de la Ley 100 de 1993 como “una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa” (L. 100, art. 194, 1993), cuyo objeto es “la prestación de los servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado, y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud” (L. 100, art. 194, 1993)

El numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 estableció que en cuanto a la actividad contractual las ESE se gobernarán por el derecho privado. Sin embargo, considerando que la salud es un servicio público esencial y que las Empresas Sociales del Estado no pierden su condición de entidad pública, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, determinó que las entidades del estado que sean exceptuadas en su actividad contractual del Estatuto General de Contratación, estarán obligadas a aplicar dentro de su régimen especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal estipulados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, conforme al cual

se reconoce que la función administrativa debe obedecer al interés común y se debe desarrollar basado en la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Pese a la remisión directa a las disposiciones de derecho privado, en materia de contratación de las ESEs, también deberá atender los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, aplicable a todas las entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, dado que, ostentan la responsabilidad de contratar con recursos públicos.

Adicionalmente la Ley 1438 de 2011, en el artículo 76 dispuso que las ESEs en su actividad contractual están obligadas a respetar los principios de la actuación administrativa y de la contratación pública, como también seguir los lineamientos que fije el Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, para la elaboración de sus manuales de contratación.

En cumplimiento del anterior mandato, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 5185 de 2013, que en su artículo 4 ratifica el obligatorio acatamiento a los principios de la función administrativa, los principios contenidos en la Ley 489 de 1998, en el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011 y el CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); estableciendo además una descripción breve de los principios más relevantes, para su mejor comprensión y aplicación.

Lo anterior permite colegir que, si bien a las ESEs se les ha dotado de un amplio campo para su desarrollo contractual, con la posibilidad de fijar libremente las condiciones con quien estimen conveniente, en atención a las circunstancias en las que se encuentran permanentemente

por la función social que cumplen, no por ello pierden su calidad de entidad pública ni la naturaleza pública de los recursos que administran. De ahí el obligatorio acatamiento de los principios que gobiernan a la administración pública, los cuales se comprende sostienen y propician su finalidad cual es la satisfacción del interés general, las garantías y derechos de los administrados. Así como está claro el derecho aplicable a la contratación que celebran las ESEs, por disposición del legislador, que no es otro que el utilizado por los particulares para el desarrollo habitual de sus negocios, es expresa también su sumisión a los mismos principios que revisten la gestión pública contractual.

Observamos con fina claridad, que la contratación de las ESEs, no escapan de la injerencia de los principios de la función administrativa, que son de la más alta esencia del derecho público, con los que entendemos se propone resguardar los postulados del Estado Social de Derecho, que tienen como propósito servir de orientación para la correcta administración e inversión de los recursos, en directo beneficio de la población, cuyo derecho a la salud involucra el gozar de un estado físico, mental y emocional que permita a las personas vivir de forma digna, desarrollar sus potencialidades, en beneficio propio, el de su familia y de la sociedad en general.

Ante la sublime connotación que marca el servicio de salud en conexidad con la vida y su desarrollo en óptimas condiciones, es que ha llevado al surgimiento de posiciones y cuestionamientos ante la doble aplicación del derecho, al considerarlos en algunos escenarios como contrarios en su finalidad, o en su lugar idealizarlos como una armonía que sirve a la contratación de las ESEs como entidades públicas al servicio de la comunidad en general.

Reconociendo la complejidad que implica el servicio de salud que prestan las ESEs, Wong (2011) advierte que muy a pesar de responder dicho servicio a intereses generales y públicos, la

ley autorizó que la actividad contractual que celebran para la observancia de su objeto social se somete al régimen privado de contratación, esto es, a la normatividad civil y/o comercial, mas no al Estatuto General de la Contratación Estatal, advirtiendo así la existencia de un híbrido jurídico.

Así mismo, como un caso aplicado por analogía se encuentra la Agencia Nacional de Hidrocarburos, la cual también en su contratación aplica el derecho privado, pero como lo resalta Palacios (2016) no por ello debe desconocer los principios de la función administrativa pues hace parte de la organización estatal y como tal debe actuar, orientada por los principios que la rigen.

Por su parte Lozada (2006) apoyado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, reconoce que las ESEs deben diseñar sus reglamentos o manuales propios de contratación en un escenario de libre redacción para cada entidad, pero respetando siempre los principios de la función administrativa, para que el mismo se considere válido; con lo que se debe lograr una mayor flexibilidad, frente a lo reglado en el Estatuto General de la Contratación previsto en la Ley 80 de 1993, todo ello, en consonancia con la celeridad esperada para el efecto, por el legislador.

En un análisis más profundo sobre la incidencia de los principios de la función administrativa en la contratación que realizan las ESEs, se reconoce que estos innegablemente deben verse reflejados en ella, como parte integral de la misma, pero al momento de materializarlos no se debe caer en el absurdo de considerar, que la única manera de aplicarlos es a través de lo dispuesto en la legislación administrativa, dado que ellos al tener una textura abierta permiten una mejor adaptación a las circunstancias del caso, existiendo entonces múltiples posibilidades de concreción; para lo cual Atehortúa (2010, como se citó en Ballesteros, 2013) precisa que los principios se deben aplicar de acuerdo al régimen especial, siendo entonces una adecuación entre

el núcleo esencial de los principios y la especialidad del régimen, que en lo absoluto implica una réplica de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Siguiendo a Ballesteros (2013), considera que al momento de introducir los principios de la función administrativa en los manuales de contratación de las ESEs se debe realizar una labor reflexiva y cuidadosa, que permita despejar las dudas sobre cuáles son, qué alcance van a tener, qué implicaciones traen consigo su aplicación en los procesos de selección, en su actividad contractual, claridad frente al contenido normativo aplicable para invocar su aplicación y protección; siendo así que los principios se constituyen en la razonable ponderación entre el derecho privado y el derecho público que les aplica por su naturaleza, al punto que, pretender una aplicación idéntica de las disposiciones de contratación estatal conlleva ignorar la intención del legislador de dotarlas de herramientas más ágiles y flexibles para enfrentar un mercado de competencia; resaltando que si se hubiera deseado una aplicación plena del derecho público en la contratación de las ESEs, no se habría ideado un régimen especial.

En una posición más radical se encuentra el planteamiento según el cual los principios de la función administrativa contrarrestan la vigencia del derecho privado en la contratación de las ESEs, puesto que, al exigirse la aplicación de dichos principios, la utilización de cláusulas excepcionales y perseguir el interés general, se está afectando la esencia misma de la contratación bajo el régimen privado, con lo que se hace inoperante la aplicación final del derecho privado (Ramírez Gómez, 2015).

El anterior argumento a la mirada de los órganos de control del Estado, que vigilan la inversión de los recursos de estas entidades con un régimen contractual especial, resulta contrario dado que prevén que los principios de la función administrativa no buscan limitar ninguna

regulación, sino en su lugar servirle de complemento; tal como lo reconoce la Procuraduría General de la Nación, la Auditoría General de la República y la Contraloría General de Santander (2011), al señalar que los principios de la función administrativa no buscan anular la voluntad y criterio de los administradores públicos, sino salvaguardar el interés general y los recursos públicos ante posibles decisiones arbitrarias e infundadas.

Ahora bien, en el desarrollo jurisprudencial consideramos acertado mencionar que el honorable Consejo de Estado, se ha pronunciado al respecto del régimen especial de las ESEs con relación a los principios de la función administrativa, así lo precisó la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, Subsección A, expediente 25.590, 2013, señalando que aunque existen marcadas diferencias en cuanto a la contratación realizada con sujeción al Estatuto General de Contratación Estatal y al derecho común, por el rigorismo que entraña el primero de ellos en razón a los ideales que persigue, y la libertad de decisión y formas que componen al segundo, siempre se deben tener en cuenta los principios de la función administrativa en todas las etapas de los procesos contractuales, sin importar el régimen que le sea aplicable a la entidad estatal, destacando que en este caso, el funcionario público no es libre de definir las condiciones de las etapas precontractuales y contractuales, aunque se esté bajo el régimen del derecho privado.

Vemos como el Consejo de Estado, en la sentencia en cita, va más allá y hace un llamado preciso a los operadores públicos que tienen la responsabilidad de la gestión contractual bajo el régimen privado, advirtiéndoles sobre el deber que tienen de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; en todos los aspectos, esto es, desde la determinación de las condiciones y exigencias para la selección del contratista, como los requisitos para la debida ejecución y liquidación del contrato.

Para el año 2015 esta misma Sala, con la sección y subsección referidas, en el expediente 37.607, reiteró el criterio adoptado, especificando que los principios de la función administrativa habían sido inicialmente desarrollados por el Código Contencioso Administrativo y posteriormente por la Ley 1437 de 2011, con lo que se vincula la gestión contractual de las ESEs al derecho administrativo vigente en cuanto a sus principios.

En el año siguiente 2016, en el expediente 46.185, aclaró que ni antes ni después del año 2007 las entidades estatales con regímenes especiales de contratación podían ignorar o desacatar los principios de la función administrativa, solo que a partir de la Ley 1150 de 2007, quedó plenamente esclarecida esta obligación por virtud del positivismo normativo, pero advirtiendo que antes de ello fueron los doctrinantes, órganos de control y operadores jurídicos comunes, quienes reconocían y exigían la aplicación de los mencionados principios dentro de dichos regímenes contractuales, de ahí que a partir de su consagración expresa en el artículo 13 de la ley en cita, el legislador dio fin a la discusión y dispersión que existía en virtud a su aplicación y observancia por parte de las entidades excluidas de la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública.

Se evidencia que indudablemente los principios de la función administrativa son exigidos de forma apremiante, dentro de los regímenes exceptuados de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, primero por mandato expreso de la ley y vigencia de la Constitución Política, y segundo por el tratamiento jurisprudencial y doctrinal que se les ha dado, lo que obliga a que los mismos sean previstos en el desarrollo de la actividad contractual que llevan a cabo las entidades sometidas a un régimen legal especial, como son las ESEs, todo ello, con el afanado

propósito de mantener siempre a las ESEs dentro de los cauces propios de las entidades estatales, para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho.

Se resalta entonces, que el régimen de contratación aplicable a las entidades exceptuadas y en especial a las ESEs, compone en realidad una mezcla de dos ordenamientos, donde por remisión legal se utiliza el régimen privado, pero con la obligación de sostener unas cargas especiales con alta incidencia de lo público y que se comprende son vinculantes para las partes contratantes, toda vez que, deben confluir con los principios de la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de formas y la consensualidad que predominan en el ámbito natural de la contratación privada.

Conforme lo expuesto, es inevitable caer en el cuestionamiento de si esta combinación de normas resulta pacífica en su efecto práctico y si realmente los resultados esperados de la intromisión, participación de cada régimen privado y público, en realidad surten el efecto esperado por el legislador, o si estas entidades y sus contratistas forzosamente se encuentran en el ejercicio de la contratación en donde el alcance, condiciones y aplicación de principios no son fáciles de comprender o delimitar, más aún cuando concurre la opción de plasmar cláusulas exorbitantes públicas, que no comulgan con la autonomía de la voluntad principio inherente al ejercicio contractual en el derecho privado.

1.6 Régimen contractual de las ESEs: una huida del derecho administrativo hacia el derecho común.

Como se ha definido, en Colombia se ha acudido a las normas de derecho privado en diversos espacios, siendo un destacado ejemplo la habilitación que le ha otorgado la Ley 100 de 1993 en el numeral 6 del artículo 195, al precisar que, en materia contractual, las ESEs se

gobernarán por el derecho privado, con el propósito de flexibilizar los procesos de contratación que adelantan dichas entidades.

En este contexto, la atención de servicios tan esenciales como la salud, que de ordinario presta la administración pública por su cometido social, se descentralizan con el fin de mejorar su gestión y con ello se observa como el Estado se torna insuficiente con su legislación contractual y huye de su regulación preeminente en materia contractual hacia la adopción de formas del derecho privado, con la esperanza de que ante una mayor flexibilidad existirá una mayor gestión, satisfacción de las necesidades en beneficio de una debida atención de los ciudadanos.

Como se ha indicado, el Estado se ha visto obligado a acudir a estrategias y a legislar con el propósito de poder cumplir con los fines y necesidades que demanda la sociedad y en materia de salud ha asumido un papel riguroso; dado que, la atención de los servicios de salud es demandante, en tanto exige de forma permanente la reacción y solución inmediata de sus contingencias.

Se advierte que, de esta forma, con la anuencia legal del Estado estas entidades están excluidas de los procedimientos propios del estatuto de contratación estatal, con el propósito de facilitar su campo de acción, permitiéndoles contratar con mayor libertad con quien consideren indicado, en razón de la necesidad del servicio, acudiendo a procesos en términos generales más cortos y dinámicos, que sean compatibles con la eficiencia, que se espera o exige se dé, para la prestación del servicio de salud en cualquier parte del mundo.

De este modo, las exigencias naturales del servicio público de salud, instituido como derecho fundamental, pueden observarse como una contundente justificación, frente a la asunción

del régimen contractual privado. Sin embargo, ante la visión doctrinaria del fenómeno de la huida del derecho administrativo, es pertinente señalar que, si bien es cierto las ESEs, son entes descentralizados y la Constitución Política prevé y permite su condición y existencia, no dejan de ser entidades cuyo objetivo guarda una doble responsabilidad, esto es, la prestación de un servicio público esencial a cargo del Estado, donde cobra valía un derecho fundamental y a su vez, son administradoras directas de recursos públicos, aspectos determinantes, que a la luz del interés general y el bienestar común, obligado resulta señalar la importancia de que las normas del derecho administrativo sean las líderes en sus procesos de contratación y no exclusivamente veedoras de la inversión del recurso público, bajo la excluyente invocación de los principios de la función administrativa, considerándose así, que ante este evento, estamos ante la estructuración del fenómeno de la huida del derecho administrativo.

Conviene conforme lo descrito subrayar, que la gestión pública contractual en Colombia históricamente ha estado inmersa en una modificación constante en sus formas de regulación (Ver exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 Gaceta del Congreso 075/92), que incesantemente buscan conforme las dinámicas sociales y del mercado, solventar su responsabilidad de satisfacer el interés general en términos de eficiencia y calidad, en contienda abierta con los fenómenos de la corrupción. Sin embargo, en cuanto al régimen contractual de las ESEs se observa que su exclusión del régimen de Contratación Pública pareciera ser una medida extrema, como si éste resultara absolutamente insuficiente, quedando sujetas únicamente al amparo de los principios de la función administrativa y la potestad de aplicar las denominadas facultades exorbitantes.

Imperioso resulta mencionar que esta habilitación frente a la utilización de normas del derecho privado en materia contractual está expresamente permitida, en este caso específico en el

artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que como se señaló, advierte sobre la obligación que tienen estas entidades de cumplir en su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación pública. Adicional a estas obligaciones legales, están así mismo obligadas a publicar la documentación relacionada con su contratación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP II), esto es, deben publicar toda la información precontractual, contractual y poscontractual que se surta en cada proceso de contratación.

Sin embargo, pese a esta expresa remisión legal de combinación o aplicación concomitante de normas de derecho público, en el ejercicio contractual privado, inevitable resulta cuestionar si ello es suficiente y suple en realidad el hecho de que la contratación de un recurso público compone la ejecución de una función administrativa, que necesariamente reclama el rigor y defensa de lo público en beneficio del interés y bienestar general de la sociedad, por tanto, surge el interrogante de hasta donde el acudir a las normas del derecho privado constituye para este caso, una medida desesperada o improvisada que si bien es cierto, busca la realización de procesos de selección expeditos y dinámicos, no deja de sugerir cuestionamientos sobre las intenciones de las partes, especialmente de los contratistas, en la verdadera materialización del bienestar general, dado que su interés natural es obtener utilidad en ejercicio de su actividad comercial, lo que genera dudas frente a la cabal defensa y cumplimiento de los principios de la función administrativa en estos escenarios, así como la tan reclamada y anhelada materialización del interés general en términos de la prestación del servicio de salud.

Es así como en este punto, nace la discusión de si el derecho administrativo colombiano, en realidad está sufriendo una salida natural de sus causas en apoyo de las normas del derecho

privado, que emerge en virtud a las dinámicas propias del servicio público de salud, dada la urgencia de su prestación en términos de eficiencia y eficacia; o si en realidad estamos frente a lo que ha denominado la doctrina española, como el fenómeno de la huida del derecho administrativo, revelando así, la existencia de un régimen contractual público, que no es compatible con las necesidades del sistema de salud colombiano y por tanto se torna, limitante y rígido ante la exigencia natural que deben afrontar día a día en este caso específico las ESEs, para cumplir con la labor encomendada.

Es inevitable señalar que lo que se observa es que esta realidad ha puesto contra las cuerdas al Estado, conllevando a que cada vez se acuda con mayor preeminencia a la utilización de prácticas del derecho privado para la consecución de sus más sentidos fines, reduciendo notoriamente el protagonismo que se cree debiera tener el Derecho Administrativo como garante de un servicio público tan importante como lo es la salud.

Aunado a lo anterior, como ya se mencionó, se vislumbra una inquietud mayor, en cuanto, a si el régimen privado utilizado para el ejercicio contractual de las ESEs, compone una garantía real, e idónea, para lograr la prestación del servicio en términos de calidad y oportunidad, pero además si éste en realidad logra ajustarse a los principios de la función pública y de manera especial al principio de imparcialidad como protección a los derechos de los oferentes en su participación en los procesos de selección, la satisfacción del interés general al permitir a la entidad la selección de la oferta más favorable, sin que se vean sacrificados los principios de selección objetiva, libre concurrencia y transparencia que interesan de manera preeminente al derecho administrativo, en el ejercicio de veeduría de la gestión pública contractual, debida inversión y gestión de los recursos públicos.

Así las cosas, no es descabellado cuestionar la pertinencia en la aplicación de las normas del derecho privado -bajo sus marcados principios de autonomía de la voluntad, como quiera que cada una de las partes persiguen sus propios intereses y el principio de igualdad, indicante de que los sujetos de derecho se encuentran en un plano simétrico en el marco de sus obligaciones y actos- y determinar si el derecho común se encuentra en abierta y permanente sintonía con la obligación legal de materializar los principios de la función administrativa y fiscal, propios del régimen público.

Así las cosas, rutina se ha vuelto el trascendental papel del Estado que se traduce en una doble y sentida responsabilidad, enmarcada entre dos especiales escenarios, uno de cara a los propósitos del Derecho Administrativo, su rigor en el control y debida administración de lo público, y por el otro, su imperioso deber de velar sin pausa, por la satisfacción de necesidades básicas que en este especial caso, como lo es la salud, que anuncian la protección no solo de la vida, bajo el criterio de contrarrestar enfermedades, sino el deber jurídico y social de crear condiciones que lleven a la verdadera conservación y protección de la salud, en términos de salubridad pública, lo que exige un actuar oportuno, eficiente y efectivo, propios del Estado Social de Derecho, que profesa la Constitución Política de 1991.

CAPITULO II. LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO

2.1. Principios de la contratación en el derecho privado

Antes de hacer una exposición analítica de los principios generales de la contratación en el derecho privado, es preciso hacer mención del debate particular que la doctrina ha desarrollado en torno al concepto o concepción de principio general en el derecho, con el fin explícito de definir aquella postura doctrinal que orienta la presente discusión.

La mayor discrepancia en la doctrina se ha orientado fundamentalmente en torno a dos asuntos: la importancia del valor implícito en el principio y la perspectiva desde la cual debe ser aplicado como norma jurídica. Al respecto, Álvarez y Restrepo, (1998) mencionan que desde una perspectiva iusnaturalista la aplicación de estos principios se basan en su interpretación axiológica - como valor -, mientras que desde una perspectiva iuspositivista la aplicación del principio como norma jurídica no depende de su valor. En otras palabras, el conocimiento, interpretación y aplicación del principio como norma jurídica se ha debatido en la doctrina desde una visión deontológica basada en lo que es permitido o prohibido, es decir “lo ordenado”, y otra visión axiológica basada en lo que es bueno o malo, es decir “lo mejor”.

Ahora bien, la gran diferencia entre estas dos posturas doctrinales radica en que bajo la mirada axiológica es preciso enfrentarnos a la interpretación subjetiva del orden de los valores, mientras que bajo la mirada deontológica estas suposiciones quedan descartadas, pues se interpreta su valor desde el deber ser fundamentado en el derecho, o como diría Sheler, (1998, como se citó en Álvarez y Restrepo, 1998, p.135) “los principios son normas que bien valen o no valen. El

problema de su conocimiento es un problema de conocimiento de las normas; el de su aplicación un problema de aplicación de las normas”.

Expuestas las discrepancias doctrinales, es preciso reconocer que, sin negar el carácter axiológico del principio, en el ordenamiento jurídico colombiano resulta más conveniente su observancia desde la mirada deontológica, más aun teniendo en cuenta que desde 1887 a través de la Ley 153 en su artículo 8°, se reconocieron estos principios generales como norma de derecho sustancial, es decir que son “fuente de derecho que conforman el ordenamiento jurídico, y a ellos puede recurrir el fallador cada vez que no exista norma aplicable al caso para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas” (Hernández, 2013, p.125).

En este sentido, será precisamente la teoría de los principios desde la mirada deontológica la que guíe el posterior análisis, bajo la cual se entiende que los principios generales del derecho son “normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento” (Valencia, 1999, p.55), es decir que son proposiciones jurídicas que bajo una lógica deóntica, orientan el deber ser en el ordenamiento jurídico.

Es importante resaltar que no es un fin de este aparatado escudriñar ampliamente en todas las bases doctrinales del derecho privado y su aplicabilidad en la actividad contractual, por lo que solo se exponen a continuación aquellos principios más relevantes que orientan y ordenan la celebración de estos negocios jurídicos en el ordenamiento colombiano, algunos de carácter constitucional aplicables a la contratación, otros de carácter general de la contratación privada y algunos especiales de la contratación mercantil.

2.1..1. Principio de la autonomía de la voluntad

A finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX y motivado principalmente por la Revolución Francesa, es reconocida la libertad individual como un principio que se erigió no solo en la vida social y económica, sino también en el escenario político, emergiendo con ello la limitación en la función del estado frente a la regulación de las relaciones jurídicas entre los particulares. La libertad individual, entendida en el plano jurídico como la autonomía de la voluntad, reconoce la facultad que las personas tienen para autorregularse y contraer obligaciones de manera libre y voluntaria guiados por sus propios intereses.

Aunque constitucionalmente este principio no se halla específicamente contemplado, las libertades individuales si son reconocidas como pilar fundamental del Estado Social de Derecho decretado en la constitución de 1991. Además del reconocimiento de la libertades individuales como garantía constitucional de la autonomía de la voluntad, existen otras disposiciones constitucionales que sustentan y garantizan este principio y que así han sido entendidas en la interpretación jurisprudencial de la corte constitucional, como son los artículos 13 y 16 superiores, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad respectivamente, el artículo 14 que otorga el derecho a la personalidad jurídica, el artículo 38 sobre el derecho a asociarse y el artículo 42 que trata del derecho a celebrar el contrato de matrimonio, así como los mandatos de índole económico establecidos en el artículo 333 de la constitución (CC, C-993/06, 2006).

La materialización de este principio fundamentalmente se reconoce en la celebración de los negocios jurídicos y especialmente a través del contrato, reconocido por Posada, (2015) como:

(...) el instrumento jurídico por medio del cual las personas ejercen su libertad jurídica (o autonomía de la voluntad), fijando las reglas a las que se someterán voluntariamente con el propósito de dirigir su comportamiento hacia la satisfacción de sus intereses individuales y, como consecuencia de ello, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones de forma voluntaria. (Posada, 2015, p.149).

El contrato entonces entendido en la doctrina como aquella expresión consciente y libre entre dos sujetos para contraer obligaciones, es por excelencia la máxima expresión de la autonomía de la voluntad. Para el caso de la legislación colombiana, en materia civil el contrato es definido como “...un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...” (Cód. C., art. 1495, 1887), mientras en materia comercial, el contrato ya elevado a la categoría de negocio jurídico es definido como “...un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...” (Cód. Com., art. 864, 1971).

Aquella expresión de la voluntad de la autonomía consagrada por excelencia en el derecho privado bajo la figura del contrato elevada a la categoría de acto o negocio jurídico debe ser entendida según Ospina, (1983, como se citó en Martínez y Tapias, 2016) como “toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos” (p. 43), pero entonces ¿Qué se entiende por manifestación de la voluntad? ¿Es exigible o no la externalización de dicha voluntad? ¿Cuál es la forma aceptable de esta externalización?. Al respecto de estas cuestiones se ha debatido bastante a lo largo de la evolución del derecho del contrato, centrándose la discusión en un aspecto fundamental: ¿sólo el consentimiento es vinculante “*solus consensus obligat*” o es imperiosa la necesidad del formalismo establecido en

las bases del derecho romano?, lo que lleva esta discusión al abordaje del siguiente principio conocido como consensualismo.

2.1.2. Principio del consensualismo

Este principio, que nació al igual que el de la autonomía de la voluntad con la Revolución francesa y que es considerado hoy como un principio especial de la contratación mercantil reconocido por el Art. 824 del Código de Comercio, (1971) al establecer que “los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. El principio de consensualismo es un concepto fundamental en el derecho privado y se refiere a la idea de que un contrato se forma mediante el mero acuerdo de voluntades de las partes involucradas, es decir, a través del consenso. En otras palabras, para que un contrato sea válido, generalmente no se requiere ningún acto formal o ceremonial específico, como un documento escrito o la presencia de testigos, sino simplemente el acuerdo de las partes.

La consensualidad es objeto de las más variadas controversias, pues para algunos autores el principio general no es ya la libertad contractual sino más bien el formalismo, donde la solemnidad del acto pasa a ser el género mientras la consensualidad queda como especie (Martínez y Tapias, 2015). Al respecto, Valencia (1993) expone:

A pesar de que ceñidos rigurosamente a lo literal de las palabras del artículo 1857 de nuestro Código Civil y a una hermenéutica anquilosada (la exegética), la venta solemne es la excepción, el tráfico económico-jurídico y la misma legislación positiva en otras disposiciones nos está demostrando lo contrario: la venta solemne es la regla general y la consensual la excepción (p. 37)

Por otra parte y en oposición a formalismo, que es la idea de que ciertos tipos de contratos requieren formalidades específicas para ser válidos, se encuentra la postura de Pérez, (1975), quien afirma que el código de comercio de 1.971:

(...) constituye un regreso al principio general de la consensualidad de los negocios jurídicos, y, en materia mercantil, hoy no queda duda alguna, acerca de la vigencia integral de ese principio, pues se reconoce que como regla, la obligación surge con el mero consentimiento; vale tanto la voluntad expresa como la voluntad tácita y sí bien para algunos contratos, la ley exigió determinadas solemnidades, para una efectiva oponibilidad a terceros o para el surgimiento de derechos reales, son tan solo excepciones al principio general que se justifican por las mismas razones expuestas (p.212)

Aunque estas dos posturas son en gran medida válidas, no es preciso ni asegurar que el código de comercio otorgue el carácter consensual como regla y lo formal como la excepción, pero tampoco se puede asegurar que permanecemos en el formalismo inocuo del derecho romano, sino más bien como lo plantea Fortich, (2012)

(...) un formalismo de un estilo nuevo se ha impuesto en el mundo de los negocios; el derecho mercantil constreñido a dotar de seguridad, rapidez y certeza los negocios jurídicos fue obligado a usar ciertas formas especiales para concluir determinados negocios los computadores y las terminales electrónicas de toda índole, proveen de inmediato la prueba del negocio celebrado, y hacen parte de la contabilidad que está obligado a llevar el comerciante, de conformidad con el Art. 48 del código de comercio (p.185).

En resumen, el principio de consensualismo en la contratación en el derecho privado establece que un contrato se forma mediante el acuerdo de voluntades de las partes involucradas, sin requerir formalidades especiales, a menos que la ley y la misma naturaleza del negocio jurídico impongan requisitos adicionales.

2.1.3. Principio de legalidad

En el contexto de la contratación en el derecho privado, el principio de legalidad significa que los contratos deben cumplir con las leyes y regulaciones aplicables para ser válidos y ejecutables, por lo que puede ser considerado como un principio regulador de la expresión de la autonomía de la voluntad, pues su fundamento doctrinal se sustenta en la afirmación de que “todas las personas pueden regular autónomamente las situaciones directamente involucradas con sus intereses, siempre que se ciñan a los postulados generales previstos en la misma ley, el orden público y las buenas costumbres” (Torres, 2016, p.269).

En este sentido, se entiende que este principio acepta la ley como límite de la autonomía, es decir que se acepta la idea de que la libertad y autonomía de las personas en el ámbito de sus acciones y decisiones individuales están limitadas por las leyes imperativas y establecidas a través de su sistema legal. En el caso de la contratación en el derecho privado colombiano, se establece que las leyes imperativas deben ser acatadas por los contratantes (art. 16, 1.523, 1.526 del Cod. Com.), so pena de transgredir el principio de legalidad, pues no gozaría de protección jurídica un acto adverso a sus disposiciones (art. 6 Inc. 2, art. 1.525, art. 1.740 y ss. del Cod. Com.). En otras palabras, la autonomía individual de las partes que celebran un contrato no es ilimitada, está sujeta a las restricciones impuestas por las leyes.

Además de la ley, el orden público y las buenas costumbres son reconocidas en el derecho privado como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación. Se entiende doctrinalmente al orden público como “el equilibrio que idealmente ha de reinar en los aspectos social, político o económico de una comunidad, en un momento específico de su historia” (Álvarez y Restrepo, 1998, p.169), y en este sentido, en la legislación colombiana se establece que el orden público ha de expresarse a través de leyes con carácter imperativo, cuya transgresión o contrariedad sea considerada ilícito, según lo establecido en el artículo 899 del Código de Comercio, (1971). Al mismo tiempo, los artículos 16 y 1.519 del Código Civil, (1887), determinan la violación del principio de legalidad cuando se trasgreden las normas pactadas cuyo carácter reglamente asuntos considerados de orden público.

En cuanto a las buenas costumbres, la doctrina las reconoce como “el rasero moral con el que una comunidad dada, en determinado momento histórico, encuentra adecuado un cierto comportamiento a su conciencia ética” (Álvarez y Restrepo, 1998, p.171), por lo que el legislativo ha establecido como causas de nulidad absoluta, “el objeto moralmente imposible” (art. 1.518 del Cod. C.), “la causa contraria a las buenas costumbres” (artículo 1.524 del Cod. C.), “y en general, los pactos que atenten contra ellas” (art. 16 del Cod. C.).

2.1.4. Principio de normatividad

De acuerdo con Soto, (2012), el principio "pacta sunt servanda" entendido como “lo pactado obliga” es un concepto fundamental en el derecho de los contratos. Este principio establece que una vez que las partes han acordado los términos de un contrato de manera válida, están obligadas a cumplir esos términos de acuerdo con lo acordado, a menos que existan razones legales

válidas para no hacerlo. El contrato es una fuente de obligaciones y consecuentemente de derechos para las partes (art. 1.494 y 1.495 del Cod. C.), es decir que, según Pereira, (2022):

...gracias al reconocimiento de la autodeterminación para vincularse y obligarse mutuamente, las partes están en la necesidad ética y jurídica de cumplir lo pactado, por lo que sin el principio de pacta sunt servanda no existiría el concepto de contrato como fuente jurídica de obligaciones convencionales (p.301).

En desarrollo de este principio, se ha establecido en la legislación contractual que si las partes incumple lo pactado, la otra está facultada por el derecho para solicitar judicialmente la resolución o la terminación del contrato, con reconocimiento de perjuicios compensatorios, o para demandar el cumplimiento forzoso de las obligaciones convenidas, con pago de perjuicios moratorios (art. 1.546 del Cod. C. y 870 del Cod. Com.), así como también se ha establecido que si ambas partes dejan de cumplir lo pactado, caso en el cual se estima que hay mutuo disenso tácito, ninguna de ellas podrá pedir el cumplimiento de la otra, y si lo hace, el demandado podrá proponer la excepción de incumplimiento (art. 1.609 del Cod. C.).

En virtud del contrato como fuente de obligaciones, nacen normas jurídicas de alcance particular que deben ser respetadas no solo por las partes, sino también por el juez e incluso por el legislador (Álvarez y Restrepo, 1998, p.172). En este sentido, los art. 1.501, 1.603, 1.621 y 1.623 del Cod. C. en resumen estipulan que el juez no puede en la interpretación del contrato, crear más derechos u obligaciones que los queridos por las partes, salvo la obligación que tiene de integrarlo con las obligaciones o elementos propios de la naturaleza del contrato, y el art. 58 superior establece que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Es tal la importancia del respeto que el legislador debe tener por las obligaciones y derechos adquiridos en el marco contractual del derecho privado, que se reconoce en conjunción mutua el principio de aplicación ultractiva, que de acuerdo con Soto, (2012), se refiere a la aplicación continua de una ley en situaciones posteriores a su derogación o modificación, lo que implica que una ley civil que ha sido derogada o modificada posteriormente, aún puede aplicarse a situaciones y contratos que se originaron bajo su vigencia, esto por respeto a lo que se ha pactado.

2.2. El principio de imparcialidad en la contratación de las Empresas Sociales del Estado.

Es claro que en virtud de la autonomía otorgada a las ESEs, estas entidades han implementado a través de sus reglamentos disposiciones propias, en las que por orden legal están obligadas a la aplicación de los principios de la función administrativa, en especial el principio de imparcialidad, en donde se observa que su efecto y alcance práctico, se convierten en todo un reto, en la medida en que su ejercicio contractual debe corresponder a instrumentos y herramientas que lleven al cabal cumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales, bajo un ejercicio objetivo alejado de cualquier direccionamiento o favorecimiento en la selección del contratista.

En este orden, analizar la concepción del concepto principio dentro del mundo jurídico, que como lo recuerda Jorge Guillermo Pórtela, inicialmente fue utilizado en la labor interpretativa del derecho y como fuente integradora ante posibles lagunas normativas, pero posteriormente adquirió concepciones como norma muy general o en términos particularmente vagos, también como norma programática o directriz, o de contenido de valores superiores del ordenamiento, y finalmente en su sentido inicial como herramienta para la solución e interpretación de la norma aplicable al caso particular. (Portela, 2009). En relación con la aplicación práctica de los principios, su efecto vinculante y las consecuencias de su inaplicación la jurisprudencia del Consejo de Estado

ha establecido que, los principios y las reglas son normas jurídicas, pues establecen un deber ser y, finalmente, exigen un determinado comportamiento.

Efectivamente, tanto los principios jurídicos como las reglas desempeñan un papel crucial como fuentes del derecho, integrándose al ordenamiento jurídico y siendo susceptibles de sanciones en caso de violación. No obstante, existe una diferencia fundamental entre ellos, pues mientras que las reglas especifican y demandan conductas particulares, ya sea permitiendo, ordenando o prohibiendo acciones u omisiones, los principios representan los valores fundamentales de la sociedad que el derecho convierte en criterios o estándares de comportamiento esenciales. Estos principios instruyen y guían las relaciones jurídicas dentro del Estado, inspirando las reglas de conducta y permeando el ordenamiento jurídico con sus axiomas, patrones, modelos y arquetipos éticos, culturales o sociales, aplicándose a situaciones tanto generales como individuales. A diferencia de las reglas, donde el juicio de valor ya está establecido al consagrar la proposición que ellas representan, en el caso de los principios, ya sea que estén o no contemplados en normas positivas, corresponde al intérprete llevar a cabo dicho juicio mediante una operación intelectual sobre la concordancia de una situación específica con el valor correspondiente para determinar su cumplimiento.

Adicionalmente, los principios desempeñan un papel fundamental como columna vertebral estructural del sistema jurídico. Esto se debe a que establecen los criterios esenciales que orientan el ordenamiento en situaciones o relaciones específicas de interés jurídico. Asimismo, se transforman en directrices interpretativas que ayudan a comprender el significado y alcance de las reglas jurídicas. Además, se erigen como una fuente formal para abordar situaciones o problemas

concretos en casos donde las reglas jurídicas sean inexistentes o insuficientes. (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Sentencia 41447, 2007)

Ahora bien, según el Diccionario de la Real Academia Española, (2023) la palabra principio esboza diversas acepciones, considerando como acertado para el presente estudio las siguientes: “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia” y “Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Una vez analizado el concepto de principio, se hace necesario identificar la evolución de dicha acepción relacionada con la evolución que ha tenido en el derecho, según sus diferentes atribuciones, como instrumentos de interpretación de las normas, como complemento ante posibles falencias normativas, como norma general programática o de directriz, como expresión de valores superiores y como integradoras del ordenamiento jurídico.

Encontrando además como concepto básico de imparcialidad, la ausencia de inclinación hacia una persona o cosa con el propósito de favorecerla o afectarla al momento de obrar o juzgar en un determinado asunto puesto en consideración. El Diccionario de la Real Academia Española, (2023) como significado de imparcialidad, señala: “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. En donde se resalta la imparcialidad como la cualidad de la que debe gozar un individuo cuando tiene la potestad de definir un asunto, para que este sea decidido de forma correcta, separado de cualquier interés o subjetividad, acudiendo únicamente a los factores estrictamente involucrados, alejado de cualquier vicio o prejuicio.

El vocablo imparcialidad está compuesto por el prefijo “Im” que denota negación o restricción, seguido del adjetivo “Parcialidad” que significa ausencia de neutralidad, o inclinación a favorecer o perjudicar a alguien o algo, al momento de tomar una decisión; en este orden la Imparcialidad de forma abierta, expresa la falta de interés o deseo en querer beneficiar o desmejorar en determinado evento, a alguna persona o situación.

Es claro que la aplicación del derecho privado como régimen imperante en la contratación de las ESEs, guarda el propósito de otorgar, capacidad de reacción ante las contingencias propias en la prestación del servicio público de salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, función que otorga en algunos casos el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, que fue ideada como una herramienta para que los administradores públicos atendieran de forma eficaz los cambios y situaciones de alta complejidad que exigen soluciones inmediatas y efectivas que se presentan al interior de las entidades.

Empero, sobre esta facultad se ha discutido si tan solo trae consigo beneficios o por el contrario requiere de controles que eviten su perversión. Al respecto, se ha indicado que la discrecionalidad al estar autorizada por el ordenamiento jurídico debe sujetarse a lo que la ley, establezca en el sentido amplio de la palabra, desde los principios que lo inspiran, hasta las reglas más concretas que le son aplicables.

Es así como lo describe Castro, (2015), en su estudio denominado “La discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública”, en el que se hace referencia al concepto de discrecionalidad como potestad administrativa y sus posibles límites, desde la autonomía de la voluntad como facilitadora de las condiciones contractuales. Así mismo, reconoce que la discrecionalidad debe estar siempre orientada a la búsqueda del interés

general como objetivo principal de la administración pública, que permita la estructuración de juicios racionales de conveniencia para el actuar estatal, en donde también se articulen los principios de la función administrativa que le identifican.

Igualmente frente a la aplicación de las facultades discrecionales, se ha mencionado como medida de control, la implementación del principio de proporcionalidad, como lo sostienen Martínez y Leal, (2011) invitando a realizar juicios de proporcionalidad o ponderación para sopesar las alternativas, evaluando las posibles acciones a emprender por parte de las entidades en su contratación, que demuestren que estas no corresponden al capricho de los funcionarios, sino a la necesidad de alcanzar un fin estatal de la mejor manera.

En este orden de ideas, se ha de resaltar que en cuanto a la discrecionalidad que ofrece el derecho privado cuando se aplica en la contratación de entidades estatales, como lo son las ESEs, se presenta una realidad diferente, en la que adquiere protagonismo otras prerrogativas para el actuar correcto de la administración pública como lo es el principio de imparcialidad, que propende por encontrar la decisión más objetiva posible, que hagan viable los fines sociales del Estado; para el efecto reconoce Castro, (2015), la imparcialidad como el elemento esencial en toda decisión estatal, que proscribire toda discriminación basada en razonamientos ajenos al ordenamiento jurídico, en armonía con el principio de igualdad que excluye toda decisión fundada en el interés particular; de esta forma el principio de imparcialidad se constituye como la fórmula jurídica general por excelencia, que permea todo el ordenamiento jurídico. Destacando que los principios se constituyen como una base edificadora del quehacer de la administración, al punto que, su inobservancia por parte de la administración compone una transgresión al ordenamiento.

Afirmación que reitera y complementa Martínez y Leal, (2011), en el cual apoyados en las posiciones de importantes doctrinantes, conceptúa todo lo relacionado con el principio de proporcionalidad, como su evolución jurídica, su aplicación en distintas ramas del derecho, sus bondades en la toma de decisiones de la administración, su armonía con el análisis económico del derecho, su estructura al igual que la de la ponderación y las críticas que han recibido. Para finalmente como lo rescatan los autores con la intención de crear una herramienta que permita analizar la razonabilidad de la decisión que fija los requisitos de la administración pública para contratar con ella, se aplica un juicio de proporcionalidad a unos requisitos que suelen emplearse en la contratación con el Estado.

De igual forma, la Corte Constitucional, sostuvo en relación con los principios, que éstos constituyen la base axiológica – jurídica sin la cual se alteraría la naturaleza misma de la constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su sentido y su razón de ser (CC, T-406/92, 1992). Por lo anterior, Ballesteros, (2013) expresa que se debe comprender que cuando se menciona la imparcialidad como principio, se está denotando en ella la idea fundadora que ha de orientar la actuación de la persona, estructurando así su quehacer liberado de cualquier interés directo o indirecto en la resolución del asunto que se pone en su conocimiento, no existiendo ninguna inclinación al respecto ni idea preconcebida que afecte su probo y recto proceder.

Ya en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de imparcialidad en la contratación que llevan a cabo las entidades del Estado, tratándose de procesos contractuales los encargados de realizarlos, deben actuar sin ningún tipo de desviación subjetiva en favor o en contra de ninguno de los participantes, pues a través de este principio se materializa el derecho a la

igualdad, con lo que se excluye cualquier tipo de segregación fundada en criterios subjetivos irracionales y desproporcionados. (Mejía, 2021)

Igual comprensión se logra cuando se construye la imparcialidad bajo el supuesto de obtener la mejor oferta para el cumplimiento del fin contractual perseguido por la entidad, al garantizarse igualdad de trato de los participantes en el proceso (Camacho, 2016), agregándose que, para cumplir con los valores de nuestro Estado Social de Derecho de actuar con transparencia y objetividad, se exige el deber de ser imparcial frente a los candidatos a contratar por parte de la entidad pública (Benavides, 2014).

El principio de imparcialidad se edifica entonces en los procesos contractuales sobre la base de la igualdad de los concursantes, donde no deben existir inclinaciones a ningún criterio de tipo subjetivo que ofrezca alguna ventaja o desmejora en la condición de competencia de uno de los participantes, sin que exista una justificación basada en la esencia o fin mismo del proceso.

Como lo identifican Castro, et al., (2010), el principio de imparcialidad demanda que en los procesos de contratación existan criterios de selección objetivos, que respeten la igualdad de las partes intervinientes para garantizar sus derechos, siendo ideal que dichos procesos sean normalizados y que los criterios de decisión sean públicos y previamente estipulados y conocidos; exigiendo además que el servidor público que los adelante actúe libre de cualquier atadura que turbe su recto entendimiento y contraríe su deber de actuar conforme a la ley, al igual que se evite el conocimiento del mismo en diferentes instancias del proceso pues su criterio ya estaría comprometido, o como lo reconoce Escobar Martínez, (2009), la imparcialidad es una garantía procesal, la garantía de un proceso justo, en el que se atienda a la ley y los valores sociales, obviando los prejuicios y convicciones personales.

En la determinación de este importante concepto la Corte Constitucional, reconoce que la imparcialidad no solamente es un principio sino también un derecho fundamental, atado al derecho al debido proceso, que prescribe una posición objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico, para resguardar los derechos e intereses de los asociados; adicionalmente reconoce la existencia de dos elementos dentro de la imparcialidad, uno subjetivo entendido como el no tener alguna idea preconcebida respecto a una de las partes y otro objetivo entendido como la ausencia de vínculo real con alguna de las partes y con la causa que se discute. (CC, C-095/03, 2003)

En este orden de ideas, se concluye con certeza que la contratación de las entidades públicas y de forma especial las ESEs, corresponde a un tema de actualidad y especial interés para la opinión pública, el sector empresarial, la academia e incluso el gobierno, en particular por la necesidad de implementar instrumentos y herramientas que permitan mitigar los riesgos de corrupción en la inversión de importantes recursos públicos, la implementación de mejores prácticas que garanticen mayor participación de oferentes en condiciones de igualdad en los procesos de contratación para una mejor selección, así como lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los distintos recursos estatales.

2.3. Desarrollo jurisprudencial del principio de imparcialidad

El principio de imparcialidad está estrechamente ligado a la función pública como lo dicta el artículo 209 de la Constitución Política, el art. 3 de la Ley 489 de 1998 y el art. 3 de la Ley 1437 de 2011, entre otras leyes y normas que regulan el ordenamiento jurídico y funcionamiento de la administración pública en el país, y por ende su aplicabilidad ha motivado la producción de jurisprudencia de interés por parte de las altas cortes. En este sentido, y para los propósitos de este estudio, es preciso hacer un análisis crítico reflexivo sobre el abordaje e interpretación que las altas

cortes han desarrollado en su jurisprudencia frente al principio de imparcialidad como norma de derecho sustancial y fuente de derecho.

Al realizar una búsqueda en la jurisprudencia colombiana se pudo observar que en su titánica tarea de administrar justicia y resolver conflictos entre el Estado y los particulares, las altas cortes han dado bastante importancia a la interpretación y aplicabilidad de la imparcialidad como principio rector en el ordenamiento jurídico colombiano, destacándose una nutrida producción jurisprudencial en dos escenarios fundamentales del derecho público: por un lado en lo correspondiente al derecho penal y específicamente en lo que concierne a la imparcialidad como requisito en las actuaciones del juez descrito en el artículo 5 de la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, y por otro lado en el derecho disciplinario y específicamente en lo relacionado con la imparcialidad como principio que rige la actuación procesal en materia disciplinaria (Art. 94 Código Disciplinario Único -derogado-), en donde su invocación estaba aunada a la aplicación de los principios que gobiernan la función administrativa; hoy el Art. 12 de la Ley 1952 de 2019 Código General Disciplinario modificado por la Ley 2094 de 2021, en donde se observa así mismo, que la exhortación de este principio es expresa, en garantía al debido proceso, e interesa de forma trascendental al ejercicio de la potestad disciplinaria y como principio imperante en la conducta deberes de los funcionarios públicos es desarrollado ampliamente en el (Art. 38 Ley 1952 de 2019 Código General Disciplinario) así como garantía del debido ejercicio de la función pública (Art. 23 ley 1952 de 2019 Código General Disciplinario).

En el primer escenario – la imparcialidad del juez – la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) es el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia” (CC, SU174/21, 2021)

Es decir que para la honorable Corte Constitucional, la imparcialidad es aquel atributo obligado a los jueces como administradores de justicia a nombre del Estado que les permite tomar decisiones basadas únicamente en los hechos, las leyes y las pruebas presentadas en un caso, sin verse influenciado por prejuicios personales, intereses propios, opiniones políticas o cualquier otro factor externo, y por ende evitar que “el juzgador sea juez y parte, así como que sea juez de la propia causa” (CC, C-762, 2009). Ahora, la misma jurisprudencia de esta alta corte se ha referido al desarrollo doctrinal de este principio para reconocer la existencia de dos dimensiones o nociones en su aplicabilidad:

La primera [(imparcialidad subjetiva)] exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase, ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad (CC, T-1034/06, 2006)

Se entiende entonces, que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva en el sentido en que la primera se refiere a la actitud y el enfoque personal del juez hacia el caso, es decir la capacidad del juez para dejar de lado sus propios prejuicios, opiniones personales y cualquier inclinación que pueda tener y tomar decisiones

basadas en las pruebas presentadas y en la ley, mientras que la segunda se refiere a la forma en que el observador externo razonable percibiría la conducta y las decisiones de un juez en un caso, es decir que se trata de si un juez puede ser visto como imparcial por cualquier persona que esté evaluando su comportamiento y decisiones desde afuera. Como lo menciona la Sentencia T-176/08 emitida por la misma Corte Constitucional (2008), “la dimensión subjetiva también supone la exclusión del fuero interno del juez de cualquier prejuicio indebidamente adquirido, mientras que la dimensión objetiva intenta asegurar la ausencia de dudas respecto de la imparcialidad del juez”. En resumen, la imparcialidad como principio rector en el sistema judicial colombiano es materializado en las actuaciones del juez, y así lo ha reconocido la corte constitucional al mencionar que:

(...) el derecho a un juzgador imparcial de la causa ha sido reconocido por la Corte como uno de la más elevada importancia, ligado al mantenimiento de la legitimidad del Estado de Derecho y vinculado a la efectiva realización de los derechos y principios constitucionales (CC, C-450/15, 2015).

Es tan importante para el ordenamiento jurídico del sistema penal este principio de la función administrativa, que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone de instrumentos o herramientas explícitas, dentro del proceso judicial que garantizan y facilitan la aplicabilidad de la imparcialidad como principio rector en el actuar de los administradores de justicia, como es el caso de las causales de impedimento (Cod. P.P. art. 56, 2004) y los requisitos y formas de recusación (art. 60), de los cuales se ha referido la corte constitucional en su jurisprudencia al mencionar que “el objetivo perseguido por las instituciones procesales de impedimentos y recusaciones consiste en asegurar la imparcialidad del juez, obligándolo a marginarse del proceso del cual viene

conociendo cuando se configura alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley” (T-305/17).

Al igual que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia ha exaltado la gran importancia del principio de imparcialidad, pues en su función de resolver las pretensiones de la parte actora en los procesos de casación, ha desarrollado un amplio análisis de este principio como es el caso de la sentencia N° 29415 emitida por la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, (2009) en la que como argumento jurisprudencial de análisis para determinar la imparcialidad de un juez en un proceso penal, manifestó que:

La garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos, en que el funcionario de conocimiento (i) carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y (ii) ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado durante el transcurso de la actuación.

Pero el alcance de la sentencia llegó más allá, por cuanto, en su desarrollo jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia en este caso reconoció que “el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales”, es decir que esta alta corte eleva la utilidad de este principio por encima de la simple correcta función administrativa y le otorga incluso un reconocimiento por su contribución para la garantía de derechos fundamentales de aquellos que acuden al sistema judicial.

En el segundo escenario – la imparcialidad en la actuación procesal en materia disciplinaria
- la Corte Constitucional ha señalado que

Como elementos constitutivos de la garantía del debido proceso en materia disciplinaria, se han señalado, entre otros, “(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus. (CC, C-692/08, 2008)

La imparcialidad como principio de la garantía del debido proceso disciplinario, al igual que como en el proceso penal, se materializa en las actuaciones de quien disciplina, ya sea juez o funcionario con potestad disciplinaria, como lo expone la jurisprudencia de la corte constitucional al mencionar que:

El principio de imparcialidad, como parte del debido proceso disciplinario, debe ser entendido como la garantía con la cual se asegura que el funcionario que adelante la investigación, o que conozca de los recursos interpuestos contra las actuaciones adelantadas, obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir. (CC, C-762/09, 2009)

Lo anterior implica que el funcionario, la persona o el tribunal investidos de poderes disciplinarios deben obrar con imparcialidad, como quiera que, tal condición hace parte del debido proceso y deben ser garantía constitucional su cumplimiento. Ahora bien, al igual que en el Código de Procedimiento Penal y como se mencionó con anterioridad, el Código Único Disciplinario en su art 84 también contempla instituciones de naturaleza procedimental como los impedimentos y recusaciones, que son reconocidas en la jurisprudencia de la alta corte constitucional como herramientas para garantizar la imparcialidad y el debido proceso, pues en el desarrollo de la Sentencia C-532/15 expreso: “para garantizar la imparcialidad de quien ejerce la potestad disciplinaria, el ordenamiento jurídico ha previsto las causales de impedimento y recusación”.

Además de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha desarrollado bastante jurisprudencia en relación con el principio de imparcialidad en las actuaciones dentro de los procesos disciplinarios, en su mayoría en la resolución de las demandas por medio de control de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra actos administrativos sancionatorios en los que se presume la actuación imparcial del instructor disciplinario, como es el caso de la sentencia 258 de 2022, en la cual la alta corte reconoce que “esta garantía [la de imparcialidad] tiene cabida en el derecho disciplinario, a pesar de su naturaleza inquisitiva, ya que el instructor de la actuación debe ser imparcial”, es decir que a pesar de que en el proceso disciplinario es el operador disciplinario a quien corresponde la investigación y juzgamiento de las conductas reprochables, esto no lo exime de una conducta imparcial ante el proceso.

En esta misma sentencia, el Consejo de Estado en su jurisprudencia hace un llamado al orden a los funcionarios con atribuciones disciplinarias frente al verdadero propósito del principio

de imparcialidad en los procesos que adelantan, pues manifiesta esa corporación que “en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades en su actuar deben tener en cuenta que el propósito de los procedimientos disciplinarios es el de asegurar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación alguna, otorgándoles la igualdad en su trato” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Sentencia 258, 2022), es decir que este tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cuerpo supremo consultivo del Gobierno Nacional, llama la atención sobre la importancia de la imparcialidad en las actuaciones disciplinarias, dado que, es a partir de este principio que lo disciplinario deja de ser una herramienta instrumental para la vendetta política y pasa a ser una garantía de igualdad y trato digno.

Hasta aquí se muestra referenciada la interpretación y desarrollo que sobre el principio de imparcialidad se ha presentado en la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente como fundamento inherente a las actuaciones del juez penal y a la actuación procesal en materia disciplinaria, sin embargo no se ha abordado la jurisprudencia concreta respecto a este principio aplicado al ejercicio contractual de las entidades objeto de este estudio, es decir las entidades públicas exceptuadas de la Ley 80 de 1993, sobre lo cual la Corte Constitucional señala que:

La necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal (CC, C-887/02, 2002)

Bajo esta interpretación jurisprudencial es claro entender que para la alta corte el principio de imparcialidad – junto con el de transparencia – no solo se regula la actuación del estado y los particulares en el ejercicio contractual sino que también garantiza que dicha actuación sea solo y únicamente guiada por el interes superior o común. Además de lo anterior, uno de los asuntos más relevantes tratados por la jurisprudencia de las altas cortes es el del alcance del principio de imparcialidad en la contratación estatal, al respecto el Consejo de Estado es claro al señalar, que:

(...) siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 [igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad] y 267 [control fiscal] de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal [Ley 80 de 1993], según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007” (CE, Sala Contenciosa Administrativa, Sentencia 00058, 2018).

En este sentido se entiende que para el Consejo de Estado, aun cuando reconoce la exclusión de algunas entidades señaladas en el Estatuto de Contratación Estatal, no se puede concebir distinción alguna en lo que a aplicación de los principios de la función administrativa se refiere, pues por jerarquía normativa estos principios – incluyendo por supuesto la imparcialidad - prevalecen independientemente del régimen que dirija el negocio jurídico, protegiendo así su carácter de mandato constitucional. Como parte de esta misma interpretación del alcance de la imparcialidad en el ejercicio contractual de las entidades públicas, la Corte Constitucional también ha sido clara al señalar en su jurisprudencia que:

En efecto, si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente (CC, C-429/97, 1997)

Lo anterior indica que para la Corte Constitucional el principio de imparcialidad – además de los demás mencionados en el artículo 209 superior - debe ser observado en todas las actuaciones de la entidad pública dentro del proceso de contratación y no debe solo limitarse a la selección del contratista, por lo que es importante aquí resaltar que esta jurisprudencia orienta el posterior diseño de los criterios de evaluación de este principio, tanto en la normativa como en los procesos que servirán de unidad de análisis para cada entidad, extendiendo su examen a todas las etapas de la actuación contractual de cada ESE.

Además de señalar la jurisprudencia antes mencionada el alcance de la aplicabilidad del principio de imparcialidad – y los demás contenidos en la art. 209 superior – independiente del régimen al cual se sujeten las entidades e independiente a la etapa o fase del ejercicio contractual, también ha sido reconocido por la corte constitucional que la imparcialidad es inherente a la contratación pública independiente de la modalidad de selección bajo la cual se configura el proceso contractual, como bien lo expone en el siguiente argumento jurisprudencial:

(...) tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección

objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa”. (CC, C-508/02, 2002)

Lo señalado por la Corte en esta sentencia es de gran relevancia para la comprensión de la dimensión de este principio en el ejercicio de la contratación de entidades públicas ya sea bajo el régimen público o privado reconocidos por la ley.

Ahora bien, se ha de señalar que si bien es cierto, se pudiera pensar que en las modalidades de selección con pluralidad de oferentes, se configuran mejores condiciones para la imparcialidad que en la modalidad directa o sin pluralidad de oferentes, ya se señaló sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se debe exigir la observancia de este principio en todas las etapas, por lo que incluso cuando el oferente sea único, se resalta como los diseños y estudios previos sirven de garantía para la materialización de un proceso imparcial. Es importante entonces resaltar que teniendo en cuenta el sentido jurisprudencial de la corte en esta sentencia, no será excluido de este análisis la modalidad de contratación directa sino que por el contrario será considerado como criterio de observancia y análisis de este principio en el ejercicio contractual de las ESE, de cara a lo estipulado en los manuales y estatutos frente a las etapas precontractuales de estas modalidades que bien pudieran dar garantía de la imparcialidad del proceso.

Con el fin de profundizar en este análisis, a continuación se presenta un caso de jurisprudencia del Consejo de Estado aplicada a la resolución de controversias contractuales entre el Estado – representado en este caso por entidades exceptuadas del régimen estatal de contratación – y particulares, reseñado en la Sentencia 1712/13 emitida por la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, (2013). El caso trata de la solicitud de nulidad del acto administrativo de

adjudicación de contrato proferido por el Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISIÓN, mediante la cual se adjudicó a la firma IRADIO LTDA., la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de 4 Sistemas de Antenas por un valor total de \$150'000.000, por cuanto según la parte actora, quien fuere participante en el proceso de selección celebrado, la entidad estatal no garantizo los principios de selección objetiva y transparencia.

Aunque los principios demandados por la parte actora son los de transparencia y selección objetiva como principios de la contratación contenidos en la Ley 80 de 1993 Estatuto de la Contratación Pública, de la cual esta excepta la entidad demandada, el Consejo de Estado en su argumento jurisprudencial y citando a la misma Corte Suprema de Justicia, ha señalado con relevancia la conexidad de estos principios con los exigidos constitucionalmente para la función administrativa, al señalar que:

En estrecha vinculación con el deber de selección objetiva, se halla el principio de transparencia, respecto del cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia [sentencia del 19 de diciembre de 2000, expediente 17088] que “(...) garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (CE, Sentencia 1712/13, 2013)

En este sentido, el Consejo de Estado respaldándose en la Corte Suprema de Justicia hace una reflexión acerca de que el deber de selección objetiva y el principio de transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993, se encuentran estrechamente relacionados con los principios de la función administrativa presupuestados en la carta magna – principalmente imparcialidad, publicidad e igualdad –, e incluso va mucho más allá, al afirmar que los primeros son garantía de los segundos, ya que el ejercicio contractual transparente basado en la objetividad, al mismo tiempo exige una actuación administrativa imparcial y pública por parte de la entidad contratante. Fiel a tal orientación jurisprudencial, el Consejo de Estado en el 2017 una vez más ratifico este argumento jurisprudencial en la resolución de una acción popular interpuesta por posibles faltas a la moralidad en la contratación de la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de la Plata Huila ESP, cuando menciono:

(...) el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas [como la contratación], y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento, se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades, alejándose de cualquier actuación oculta o arbitraria contraria a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública” (CE, Sentencia 41001-23-31-000-2004-00726-01, 2017)

En este caso particular la alta corte ha señalado entonces que la publicidad como principio de la función administrativa es garantía de una actuación imparcial y transparente en el ejercicio contractual, aun cuando se trate de una entidad que dirija su negocios jurídicos en el marco del derecho privado. Aunado a lo anterior, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte

Constitucional - apoyada por el mismo Consejo de Estado - ha ampliado su interpretación sobre la conexidad de los principios de la función administrativa, entre los que se cuenta el de imparcialidad, con los principios y deberes de la contratación consagrados en la Ley 80 de 1993, al mencionar en su argumentación jurisprudencial que:

Por último, debe considerarse el principio de planeación. Aunque este principio no está previsto de forma expresa en la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado [Sentencia de 5 de junio de 2008] ha señalado que “su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional - artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política - como legal - artículos 25 numerales 6, 7 y 11 a 14 y 26 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 -, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007. (CC, SU214/22, 2022)

Es decir que el deber de planear adecuadamente las actividades contractuales resulta para las altas cortes una condición sine qua non para hacer posible la materialización de la imparcialidad – y demás principios de que trata el art. 209 superior – en las etapas del proceso de contratación de las entidades públicas, esto como ya se ha mencionado, sin condicionamiento alguno al régimen jurídico que las obliga.

En resumen, la tesis desarrollada por las altas cortes y citada en este apartado propone una comprensión sistémica de los principios de la actividad contractual desarrollada por las entidades exceptuadas del régimen de contratación pública, entendiéndose su conjunción como una condición natural y obligada para dirigir la actividad contractual hacia el cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido, se deriva de tal tesis que el principio de imparcialidad aplicado en el

escenario de la contratación puede – o debe – ser observado a la luz de los deberes y principios de la contratación pública estipulados en la Ley 80 de 1993 – selección objetiva, transparencia y buena fe, principalmente - así como a la luz de los otros principios de la función administrativa descritos en el art. 209 superior – igualdad y publicidad principalmente -, tesis jurisprudencial que por supuesto será acogida por este estudio para el diseño de los criterios de evaluación y el posterior análisis de la aplicabilidad de este principio tanto en la normativa institucional como en los procesos seleccionados como unidad de análisis.

2.4. El principio de imparcialidad y su conjunción natural con otros principios rectores de la gestión pública contractual.

Se tiene absoluta claridad en cuanto a que, la gestión contractual del Estado, compone un importante instrumento para el cumplimiento de los fines estatales sin distinción alguna del régimen aplicado, ya sea el público con todos sus rigores o el privado con todas sus bondades, de suerte, que este último como lo hemos indicado tiene como especial característica que se regula, se debe, a la materialización de principios que buscan evitar decisiones, negligentes, interesadas o caprichosas de los administradores, funcionarios responsables de la actividad contractual.

No se trata de hacer inútil la aplicación del régimen privado, sino que el mismo vaya de la mano con los axiomas que rigen la función administrativa y la gestión fiscal, en este sentido vemos como el principio de imparcialidad enunciado en el artículo 209 constitucional como principio fundante de la denominada Moralidad Administrativa, -derecho colectivo consignado en el artículo 4, literal b de la Ley 472 de 1998-; reclama naturalmente para su materialización, el reconocimiento y realización de otros principios, que se derivan del régimen de contratación pública como lo son la selección objetiva, transparencia y planeación principalmente, que en

consecuencia interesan a este estudio como referente determinante de análisis en cuanto a la realización del principio de imparcialidad. Conforme lo precisado, encontramos que Colombia Compra Eficiente en el Concepto C- 814 de 2022 en virtud a la regulación normativa del principio de selección objetiva, señala:

Uno de los principios transversales de los procedimientos de selección es el de selección objetiva. Se trata del postulado que exige que la escogencia de la oferta ganadora debe fundamentarse en factores objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero, y no en criterios subjetivos, como el afecto, la amistad, el ánimo de ayuda, el interés personal, entre otros.

Si bien dentro de la historia de la contratación pública en Colombia, se vislumbran antecedentes normativos de dicho principio, en la actualidad la disposición legal que lo prevé de manera más clara y contundente es el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 y por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. Esta norma dispone lo siguiente:

De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios. (L. 1882/2018, Art. 5)

Por su parte la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuanto a la selección objetiva ha expresado:

Es un deber –regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (CE Sentencia, 3 Dic. 2007, r31447, R. Correa)

Desde nuestra perspectiva, consideramos acertado señalar, que conforme lo expone la jurisprudencia, la selección objetiva erigido como deber – regla, al que están llamados los funcionarios responsables de la actividad contractual, se adhiere, naturalmente a la realización principio de imparcialidad, toda vez que, visto desde su reglamentación promueve el establecimiento de criterios razonados, y proporcionales al objeto a contratar, aplicables para cualquier tipo de contrato y procedimiento de selección, que se encausan en el propósito esencial de llegar a la selección de la oferta que resulta más ventajosa para la entidad, bajo criterios de objetividad que resuelven la selección del contratista, eligiendo al que tenga mayor capacidad y solvencia, para ejecutar el contrato.

Dentro de este contexto, guardando así mismo, relevante importancia, encontramos el principio de transparencia, que también hace parte de la Ley 80 de 1993, como norma base que informa los principios que orientan la actividad contractual de las entidades estatales sometidas al Estatuto general de la contratación pública; en donde el artículo 23 establece que "las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la

función administrativa"; por lo que, el principio de transparencia compone una de los instrumentos rectores de la contratación estatal, como quiera que, su fortaleza radica precisamente en el ámbito específico de la -selección de los contratistas-, convirtiéndose en un principio que por excelencia consideramos llevan al esplendor el principio de imparcialidad, en la medida en que se orienta en garantizar el doble propósito de la -idoneidad del contratista elegido-, y la escogencia de -la propuesta más favorable para la entidad-. Frente al asunto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado precisó que la transparencia le otorga a las actuaciones de la Administración, una pulcritud que lleva a la exclusión de actos ocultos, u opacos, que no se compadezcan con el interés público y los reales propósitos inmersos en la contratación estatal; y que su aplicación se destaca de forma precisa en la etapa de escogencia del futuro ejecutor del contrato. Por tanto, su aplicación está inmersa en aspectos básicos, como la igualdad de los partícipes en el proceso, la objetividad que se observa en la exigencia de reglas y condiciones de participación claras, para la presentación de las propuestas, garantía del derecho de controvertir, la debida motivación que debe desarrollarse tanto en el informe de evaluación de las propuestas, como en el acto de adjudicación del contrato, la publicidad de todas las actuaciones surtidas en el proceso de selección, para que todo ello conlleve a la selección objetiva del contratista idóneo, con una oferta que se ajuste a las necesidades y conveniencia de la entidad. (CE Sentencia, 29 Ago. 2007, r15324, M. Fajardo)

Una lectura incluso ligera de lo previsto por el honorable Consejo de Estado en cuanto a la materialización del principio de transparencia, nos permite la certeza de como la actividad contractual independientemente del régimen legal que la reviste, sin importar su objeto, cuantía, o modalidad de selección aplicado, se legitima desde la realización de los principios, destacando así mismo las bondades que le trae a la contratación del régimen privado el principio de la igualdad,

que la misma Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de forma armoniosa lo ha ejemplificado en su jurisprudencia, destacándolo como un principio que reclama la igualdad de trato entre todos los partícipes del proceso, que a su vez guarda dos finalidades, por un lado, como garantía de imparcialidad para los administrados, bajo el interés de proteger sus derechos, lo que se logra, bajo la expresa prohibición frente a la entidades, de asignar requisitos que restringen o desmedidos que rayan con lo irracional, y que en consecuencia, limitan la libertad de concurrir a un proceso, en condiciones de igualdad; y por otro lado, de su aplicación se espera que eleve la participación masiva de oferentes, generando un escenario propicio de competencia para la debida escogencia del mejor contratista y la oferta más favorable para la entidad. (CE Sentencia, 3 Dic. 2007, r31477, R. Correa)

Conforme se esboza en la jurisprudencia, la realización del principio de igualdad se adhiere sin duda alguna, a las decisiones imparciales, que permanentemente deben asumir los responsables de la contratación en los regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación de Administración Pública.

Siguiendo con el principio de transparencia y su adherencia a otros principios, la Corte Constitucional, en sus consideraciones en cuanto al principio de transparencia, ha hecho una destacada disertación, manifestado que la aplicación de los principios que rigen la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, se han convertido en un instrumento determinante de lucha contra los actos de corrupción, en donde su realización constituyen un instrumento importante de garantía en cuanto a la transparencia que debe existir en la gestión pública contractual, todo ello, como estrategia necesaria para atacar dicho fenómeno,

que ha diezmado la legitimidad de las entidades públicas, el orden social, moral y justo de los pueblos, así como su desarrollo e integridad. (CConst, C-887/2002, C. Vargas)

Resulta notorio, el interés permanente que existe en el legislador y gobierno nacional de rodear de condiciones de transparencia que se comunican de forma permanente con la imparcialidad, que promueve el ejercicio de la función administrativa como factor que legitima el proceso de selección de los contratistas, frente esta especial temática la Corte Constitucional mediante la sentencia en cita así mismo, realizó una práctica precisión, al establecer la importancia de dotar de actos de transparencia e imparcialidad el ejercicio administrativo de las entidades, en procura de legitimar los procesos contractuales, vistos desde una doble función: una negativa, al fijar los aspectos básicos de participación en el ejercicio contractual; lo que se convierte en un límite frente al actuar, intervención, tanto del Estado como del particular. Así mismo, revela una función positiva, bajo el sentido de que el interés general compone un elemento apremiante que necesariamente debe regir las actuaciones del Estado. (CConst, C-887/2002, C. Vargas)

No siendo menos importante, frente a la adherencia natural con el principio de imparcialidad, encontramos uno de los principios que de forma práctica, manifiesta y pública llevan a su concreción, este es el principio de publicidad, así lo destaca la Corte Constitucional, al concluir que frente a la sustitución de los medios físicos por los electrónicos en ejercicio del principio de publicidad, necesariamente se deben cumplir con determinadas condiciones que consientan: (i) la imparcialidad y transparencia en el manejo de la información que su pública, (ii) la oportuna y suficiente posibilidad de participación de los interesados en el proceso contractual, así como los órganos de control y (iii) el conocimiento oportuno de la información relativa a la contratación estatal, que garantice los derechos constitucionales a la defensa, el debido proceso y

el acceso a los documentos públicos. De esta forma el legislador pueda acudir a diversas formas escritos o a través del uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, sistemas estos últimos que han sido aprobados en pronunciamientos de esta Corporación como competentes para el acatamiento del principio de publicidad. (CConst, C-711/2012, M. Gonzáles)

Es así como el principio de publicidad, gradualmente ha tomado un protagonismo destacable que actualmente incluso esta invocado y desarrollado de forma expresa por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 3 numeral 9 de la Ley 1437 de 2011, al establecer que en virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código.

Como último principio se considera así mismo acertado hacer mención del principio de buena fe, que sin duda alguna, no resulta ajeno a la materialización del principio de imparcialidad, que como se indicó corresponde a un principio de carácter constitucional, consagrado en el artículo 83 de la Constitución política, de aplicación universal, que gobierna todas las relaciones jurídicas, es decir tanto las del Derecho Privado como el Derecho Público, de tal suerte, que su aplicación en materia contractual en cuanto al Derecho Privado se encuentra expresa en los artículos 1603 del Código Civil, según el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe”; así mismo, se estipula en el artículo 863 del C. de Co. Según el cual “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Y en materia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado realiza una oportuna y acertada disertación, frente a este principio rector de todo el sistema jurídico, al señalar que además, la buena fe, al actuar como principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo resguarda, proporciona el fundamento del ordenamiento jurídico y sirve como vía para su integración, y así mismo, guía la labor interpretativa del derecho. En el contexto de la contratación, se refleja en la obligación de rectitud y honradez mutua que las partes deben observar al celebrar, interpretar y ejecutar acuerdos legales. Esto implica el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos previos, negociaciones o conversaciones destinadas a preparar la creación o ejecución del contrato, como durante el desarrollo y conclusión del vínculo contractual establecido. (CE Sentencia, 3 Dic. 2007, r31477, R. Correa)

Conforme el análisis expuesto desde el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado a estos principios, no cabe duda, que el principio de imparcialidad, se nutre para su realización de la observancia responsable y perseverante de otros principios que si bien están definidos en algunos aspectos y normativamente por el estatuto general de la contratación, su naturaleza se armoniza y descansa de forma perfecta con el de imparcialidad, así lo definió de forma expresa el honorable Consejo de Estado, en la sentencia ya citada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, al indicar:

Así pues, el principio de transparencia guarda íntima e inescindible relación con otros principios como el de igualdad, el de imparcialidad, el de selección objetiva, el de publicidad, todos los cuales son de la esencia misma de la función administrativa y obviamente están inmersos en la actividad contractual que hace parte de ella (CE Sentencia, 29 Ago. 2007, r15324, M. Fajardo).

Se ha de concluir entonces, la importancia y apremiante necesidad que se vislumbra en el sentido de que estas entidades exceptuadas del régimen público contractual, en su actividad contractual y de manera especial en su regulación interna, se apropien y esmeren por el cumplimiento de estos principios básicos, de tal suerte, que los mismos se puedan apreciar, desde la aplicación de prácticas y estrategias, que expresen un comportamiento exitoso del principio de imparcialidad.

CAPÍTULO III. RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE CARÁCTER DEPARTAMENTAL EN EL HUILA.

A continuación se expone los resultados y el respectivo análisis de la manifestación del principio de imparcialidad en la actividad contractual de las ESE de Neiva, Pitalito, Garzón y la Plata durante el periodo 2014 – 2017. Las fuentes de información primaria de las que fueron recolectados los datos y las unidades de análisis correspondieron a los manuales de contratación vigentes para el periodo en estudio y las peticiones formales de solicitud de información presentadas. En cuanto al análisis desarrollado, este fue de contenido cualitativo aplicado a la normativa dispuesta en los manuales y a los documentos recolectados de los proceso de selección desarrollados por las entidades.

3.1. Resultados y análisis de la manifestación normativa del principio de imparcialidad en los manuales de contratación

3.1.1. En cuanto a la identificación de los principios que regulan la gestión contractual en cada ESE

Teniendo en cuenta el rango de tiempo fijado para el presente análisis de los manuales de contratación, la regulación establecida, esto es, sus manuales de contratación están desarrollados en varios documentos, acuerdos municipales y resoluciones conforme se fueron modificando y derogando, por lo que, para su estudio, en este aparte se ha tomado el último documento que cronológicamente corresponden a cada ESE, así:

- Empresa Social del Estado “Hospital Departamental Hernando Moncaleano Perdomo” de Neiva: Resolución 0784 de 2014 modificada parcialmente por la Res. 0400/2015
- Empresa Social del Estado Hospital Departamental “San Vicente de Paul” de Garzón: Acuerdo 004/2014
- Empresa Social del Estado Hospital Departamental “San Antonio” de Pitalito: Res. 236/2014
- Empresa Social del Estado Hospital Departamental “San Antonio de Padua” de La Plata: Res. 635/2014

Observados cada uno de los documentos que fijan los parámetros para definir su contratación, esto es, los criterios y reglas que deben tener en cuenta tanto los funcionarios de la entidad así como los partícipes de los procesos, contratistas, y sociedad en general, en los que se definen aspectos determinantes como la planeación de lo que se va a contratar, la fase de selección del contratista, y las fases finales de ejecución y liquidación de los contratos; se pudo establecer de manera específica que en cuanto a los principios que rigen los manuales de contratación en las ESEs estudiadas y su vínculo, en todos y cada uno de ellos se ha dedicado como mínimo un artículo para su mención, como se detalla en la tabla 1.

Tabla 1.

Adopción de los principios en los manuales de contratación

Entidad	Artículo	Principios Reconocidos
ESE Garzón	Art. 5. Principios de la contratación	1. Función administrativa (art. 209 de la C.P.) 2. De la organización y funcionamiento de la Administración Pública (Ley 489 de 1998) 3. Del SGSSS (art. 3 de la Ley 1438 de 2011). 4. Del CPACA
ESE Neiva	Art. 2. Marco Legal	5. Función administrativa y control interno (art. 209 y 269 de la C.P.)

		6.	Del SGSSS (art. 3 de la Ley 1438 de 2011).
		7.	Del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).
		8.	Principios del CPACA
		9.	Cód. C. y Cód. Com.
		10.	Lineamientos para adopción de Estatutos de Contratación (Res. 5185 de 2013)
		11.	Estatuto de Contratación (Acuerdo 04 de 2014)
ESE La Plata	Art. 3.	12.	Función administrativa (art. 209 de la CP)
	Campo de	13.	Art. 279 de la C.P
	Aplicación y	14.	Del SGSSS (art. 3 de la Ley 1438 de 2011).
	Marco Legal	15.	Principios del CPACA
		16.	Del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).
		17.	Cód. C. y Cód. Com.
		18.	Lineamientos para adopción de Estatutos de Contratación (Res. 5185 de 2013)
		19.	Del sistema de compras y contratación pública (Decreto 1510 de 2013)
		20.	Estatuto de Contratación (Acuerdo 007 de 2014)
ESE Pitalito	Artículo 6.	21.	Función administrativa (art. 209 de la C.P.)
	De los	22.	De la organización y funcionamiento de la Administración Pública (Ley 489 de 1998)
	principios	23.	Del SGSSS (Art. 3 de la Ley 1438 de 2011).
	que orientan	24.	Del CPACA
	las	25.	Estatuto General de La Contratación Pública (Ley 80 de 1993)
	actuaciones	26.	En especial: Debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía, celeridad, planeación, equilibrio contractual, selección objetiva y responsabilidad social y ambiental.
	contractuales.		

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

En general y como se observa en la tabla 1, las cuatro ESEs reconocen en sus manuales de contratación la vinculación de los principios de las actuaciones y procedimientos administrativos contenidos en el CPACA y los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud contenidos en el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011. Por otro lado, solo las ESEs de Neiva y la Plata resguardan su gestión contractual – o por lo menos lo manifiestan en sus manuales - con los principios definidos en la Ley 1474 de 2011 conocida el Estatuto Anticorrupción y además, aun cuando el régimen que orienta los negocios jurídicos de las cuatro entidades es el del derecho privado y se deben a la aplicabilidad de los códigos civiles y de comercio, solo estas dos - Neiva

y la Plata – reconocen en sus manuales de contratación su vinculación con estos compendios normativos que regulan las relaciones civiles y comerciales entre particulares.

Además de lo anterior, mientras que las ESEs de Pitalito y Garzón son las únicas que mencionan en sus manuales los principios de la organización y funcionamiento de la Administración Pública reglamentados en la Ley 489 de 1998, la ESE de Neiva es la única que declara regir su manual de contratación bajo los principios del control interno de los que trata el art. 269 de la C.P. Respecto a los principios de la función administrativa de los que trata el art. 209 de la C.P, estos sin excepción son reconocidos en todos los manuales de las entidades analizadas, sin embargo ninguna los desarrolla concretamente, es decir que no describen de qué trata cada uno, sino que se limitan a mencionar la legislación en la que están contenidos, a excepción de la ESE de Pitalito que se destaca por dos razones: en primera instancia, debido a que es la única que en su manual por lo menos menciona de manera general cada uno de los principios a los que se sujeta su gestión contractual, haciendo una identificación clara de estos y dentro de los que incluye el de imparcialidad, y en segunda instancia, que dentro de su normativa reconoce los principios contenidos en la Ley 80 de 1993, aun cuando su régimen jurídico se encuentra exceptuado de su aplicación.

Por último pero no menos importante, se debe señalar la falta de rigor en la estructuración del manual de contratación por parte de la ESE de la palta, pues dentro de los principios que supuestamente rigen su actividad contractual mencionan el art. 279 de la C.P. que en realidad corresponde al mandato constitucional sobre la organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación y que nada tiene que ver con la gestión contractual de una entidad pública regida por el régimen jurídico especial. En todo caso, al parecer el artículo que debía ser citado en

su ligar es el 269 superior que trata de los principios del control interno y que fue citado en los manuales de la mayoría de las otras entidades.

3.1.2. Las modalidades de selección y sus requisitos para la escogencia del contratista

Todas las ESES objeto de estudio, en sus manuales de contratación de cara a su regulación de régimen especial, han reglado su ejercicio contractual, guardando criterios similares, en cuanto a sus formas de selección que confluyen en: Contratación Directa, Convocatoria Simplificada (Invitación Privada) y Convocatoria Pública. Si bien estas tres formas de contratación están nominadas de igual manera y así aparecen en los manuales y de fondo conllevan un propósito contractual parecido, en la medida en que tienen un rango de aplicabilidad por su cuantía definida en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en su práctica guardan algunas diferencias que se observan a continuación.

3.1.2.1. Contratación directa

Como se observa en la tabla 2, en lo que respecta a los criterios de la Contratación Directa, estos se prevén bastante abiertos.

Tabla 2.

Caracterización de la modalidad de selección por Contratación Directa

Criterios	ESE NEIVA	ESE GARZÓN	ESE PITALITO	ESE LA PALTA
	Res. 0400/2015	Acuerdo 004/2014	Res. 236/2014	Res. 635/2014
Definición	No Presenta	No Presenta	Es el procedimiento mediante el cual ella Empresa Social del Estado Hospital San Antonio de Pitalito	Es el procedimiento mediante el cual la ESE tomando como única consideración las condiciones del

				(H) hace conocer a dos o más oferentes a excepción de las exclusividades certificadas conforme a la ley, el objeto y demás variables de la contratación a fin de que se formule propuesta, teniendo en cuenta las condiciones y precios del mercado.	mercado, da a conocer al posible oferente, su necesidad de realizar una obra, adquirir un bien o servicio y las condiciones generales y específicas que en cada caso se establezcan, a fin de obtener la propuesta.
Causales	Para los casos en que el contrato se deba celebrar por las condiciones del contratista para la prestación de servicios o de apoyo a la gestión, contratos de prestación de servicios que celebre la entidad para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, la adquisición de medicamentos, material médico quirúrgico, material de osteosíntesis y de laboratorio, equipamiento médico especializado de marcas reconocidas en	- Prestación de servicios (Intuitu personnae) - Empréstito y encargo fiduciario - Necesidad inminente (precios de referencia del mercado o los existentes en la base de datos que cuentan la ESE). - Arrendamiento o de inmuebles, de espacios físicos o equipos - Titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos. - La adquisición de medicamentos, material médico quirúrgico, material de osteosíntesis y de laboratorio,	- Prestación de servicios (Intuitu personnae) - Empréstito y encargo fiduciario - Arrendamiento de inmuebles, de espacios físicos o equipos - Titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos. - La adquisición de medicamentos, material médico quirúrgico, material de osteosíntesis y de laboratorio, equipamiento médico especializado de marcas reconocidas en el mercado, previa verificación de los precios indicativos del mercado. - Cuando, previo el agotamiento del procedimiento de selección simplificada, éste se declare desierto o no haya sido posible contratar. - Compra de inmuebles.	- Prestación de servicios (Intuitu personnae) - Necesidad inminente (precios de referencia del mercado o los existentes en la base de datos que cuentan la ESE). - No existan en el lugar varios oferentes. - Prestación de servicios de salud celebrados con las EPS, ESSPS, ESE, ARL, el Ministerio de salud y Protección Social, Universidades o con entidades públicas o privadas con el mismo objeto - Convenios interadministrativos. - Actividades relacionadas con la administración o funcionamiento. - Comodato y/o atípicos en tenencia del Hospital de Apoyo Tecnológico y	

<p>el mercado, necesarios para mejorar la infraestructura tecnológica, estándares de calidad en la prestación de servicios, competitividad y capacidad resolutive de la Empresa Social del Estado</p>	<p>equipamiento médico especializado de marcas reconocidas en el mercado, previa verificación de los precios indicativos del mercado.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cuando, previo el agotamiento del procedimiento de selección simplificada, éste se declare desierto o no haya sido posible contratar. - Compra de inmuebles. - Suministro servicios públicos domiciliarios o de bienes y servicios con precio regulado por el Gobierno Nacional. - Convenios interadministrativos. - No existan en el lugar varios oferentes. - Desarrollo de una actividad complementaria y subsiguiente de otra previamente desarrollada, que por 	<ul style="list-style-type: none"> - Suministro servicios públicos domiciliarios o de bienes y servicios con precio regulado por el Gobierno Nacional. - Convenios interadministrativos. - No existan en el lugar varios oferentes. - Desarrollo de una actividad complementaria y subsiguiente de otra previamente desarrollada, que por razones técnicas o jurídicas deba ser ejecutada por mismo contratista. - Software y licencias con aplicaciones específicas y su mantenimiento y renovación 	<p>científico asistencial.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Empréstito y/o encargo fiduciario - La adquisición de medicamentos, material médico quirúrgico, material de osteosíntesis y de laboratorio, equipamiento médico especializado de marcas reconocidas en el mercado, previa verificación de los precios indicativos del mercado.
---	--	---	--

		razones técnicas o jurídicas deba ser ejecutada por mismo contratista.		
		- Software y licencias con aplicaciones específicas y su mantenimiento y renovación		
Cuantías	≤300 SMMLV.	≤100 SMMLV.	≤100 SMMLV.	≤300 SMMLV.
Procedimiento	Además de los estipulado en el manual para las cada una de las fases del procedimiento contractual, se tiene:	Además de los estipulado en el manual para las cada una de las fases del procedimiento contractual, se tiene:	Además de los estipulado en el manual para las cada una de las fases del procedimiento contractual, se tiene:	Además de los estipulado en el manual para las cada una de las fases del procedimiento contractual, se tiene:
	<p><100 S.M.M.L.V: Se tramitarán a través de órdenes de servicio y/o compra, sin estudios previos.</p> <p>>100 S.M.M.L.V: se requiere mínimo 2 cotizaciones para el estudio de precios que realiza la oficina de suministros y la dependencia</p>	<p><10 S.M.M.L.V: no se requiere de estudio previo, bastará con previa acta de justificación elaborada por la dependencia donde surja la necesidad.</p> <p>>10 S.M.M.L.V: Se requiere estudio de precios del mercado será efectuado, salvo en los casos de intuio personae.</p>	<p>< 10 S.M.M.L.V: la selección se hará mediante la solicitud de una cotización por escrito previa acta de justificación elaborada por la dependencia donde surja la necesidad.</p> <p>>10 S.M.M.L.V: Se requiere estudio de precios y será efectuado por el área donde surge la necesidad del bien y/o servicio, salvo en los casos de intuio personae</p>	Independiente de la cuantía, se requiere de estudio de precios de mercado.

que demanda
el bien o
servicio. Se
tramitarán a
través de
contratos por
la oficina
jurídica.

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

Una lectura cuidadosa de esta modalidad de selección permite establecer con total contundencia que su aplicación es amplia y son diversos y numerosas las causales en que se puede acudir a la misma, consistente en la posibilidad de contratar directamente con el contratista, que cumpla con los criterios de idoneidad y necesidad que, de forma imperante en cada manual, estatuto de contratación se establece.

Así, se observa que en los manuales de las ESE, esta modalidad está gobernada por una cuantía, la cual, en unos eventos se muestra baja comparada con las demás, como lo es en el caso de la ESEs de Garzón y Pitalito que tiene un tope de 100 S.M.M.L.V y en las otras se mucho más alto su tope y distante, comparado con estas, tal como se observa en el manual de las ESEs de la Plata y Neiva, que la cuantía corresponde a 300 S.M.M.L.V. Todas en su redacción se asimilan en el sentido de poder contratar directamente la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como los que se deben obligatoriamente contratar con determinada persona por su idoneidad, capacidad o experiencia personales para la debida ejecución de un determinado objeto contractual.

También se establece la similitud frente al criterio de poder contratar directamente cuando previo al agotamiento de la selección simplificada, este se declare desierto o no haya sido posible contratar, criterio que abandera una importante laxitud frente a la posibilidad de acudir a la

contratación directa para la adquisición de un bien o servicio que en este orden se escapa a las reglas de la cuantía, toda vez que la modalidad de selección simplificada que le sigue a la modalidad de contratación directa; en algunos casos como en los de las ESEs de Neiva y La Plata que va hasta los 1500 S.M.M.L.V. Así mismo se deja a un lado la oportunidad de que un proceso de tan alta cuantía sea sometido a una selección bajo competencia, es decir, con la participación de varios oferentes y la oportunidad de escoger la propuesta más favorable.

Por otro lado, se cuestiona así mismo la modalidad de contratación directa, en los casos en donde se realice con el fabricante o su distribuidor exclusivo en Colombia, toda vez, que no se observa desarrollo alguno frente a cuáles serán las condiciones o documentos que deban estar en el proceso de contratación para acreditar en forma debida la calidad de distribuidos exclusivo. En igual sentido, no existen en los manuales estudiados criterios que den certeza a la forma de acreditación, de determinadas condiciones como lo es en los denominados casos de contratación de actividades científicas o tecnológicas, o frente al hecho de que una actividad complementaria o subsiguiente necesariamente deba ser contratada con el mismo contratista.

Seguidamente denota especial importancia el que en algunos manuales como en el de las ESEs de Garzón y La Plata frente a este tipo de contratación si bien es cierto se establece de forma general el que se deba realizar un estudio de mercado, o que se debe acudir a los precios indicativos del mercado, no advierte o establece criterio alguno que de luces frente a cuál debe ser ese estudio y con base en que los funcionarios de la entidad deben hacerlo para establecer algo tan importante como lo es el valor del contrato.

Frente al asunto en los casos de las ESEs Neiva y Pitalito, sí se establecen criterios que en razón a la cuantía, que se reducen en una (1) o más cotizaciones, es decir, en el caso de la ESE de

Pitalito, en los contratos directos menores a 10 S.M.M.L.V se exigirá para la determinación de su valor solo una (1) cotización; y en el caso de Neiva, cuando superan los 100 S.M.M.L.V se requiere mínimo dos (2) cotizaciones, es decir que la contrataciones directas menores de ese rango, para determinar el valor del contrato, la entidad considera como suficiente solo una (1) cotización; exigencia mínima que no deja de ser llamativa y cuestionable en virtud a la exigente y debida ejecución de un presupuesto estatal que le compete el cubrimiento de algo tan sentido como lo es el servicio público de salud.

Por otra parte, resaltando la vital importancia que guarda la fase de planeación en la gestión contractual de recursos públicos, en donde la misma constituye un principio fundamental para la contratación, que se inspira precisamente en el artículo 209 constitucional que recoge los principios de la moralidad administrativa, y como se ha dicho hasta la saciedad en este estudio, son el norte a seguir por las ESEs en su labor contractual, resulta entonces, acertado advertir que bajo este querer, estas entidades son las directas responsables frente al diseño de los procesos contractuales, que cuenten con el soporte técnico y jurídico que el mismo exija, conforma a las necesidades y prioridades que la entidad requiera satisfacer, siempre direccionados a la satisfacción del interés general, la efectiva prestación del servicio público y protección del patrimonio público. Conforme lo anterior, se ha de advertir que la ley diseñó y requirió los denominados estudios previos, que vienen a constituir la fuente material básica y realizable del principio de Planeación, de ahí su radical importancia para el éxito del ejercicio contractual.

Frente a la elaboración y estructuración de los estudios previos en los manuales bajo análisis, se puede advertir, que si bien es cierto todos traen su mención y exigencia, algunas ESEs, como acontece con las ESEs de Neiva y Garzón, en las contrataciones directas inferiores a 100

S.M.M.L.V y a 10 S.M.M.L.V respectivamente, no se deben realizar, estudios previos, de suerte que estos procesos durante esta vigencia fueron ajenos a la existencia de un estudio que estructurado en un documento que señalara, la justificación de la necesidad que su busca satisfacer, el valor y su debido soporte del porque esos precios, y cómo lo va contratar, cuáles son los requisitos a exigir para poder escoger ese contratista idóneo para ejecutar el objeto contractual.

En este orden de ideas se concluye de cara a la materialización del principio de imparcialidad que el ejercicio de la contratación directa de las ESEs, conforme se desarrolla en sus manuales de contratación, compone una práctica con una variada y abierta posibilidad de contratar bienes y servicios, en unas cuantías importantes, que en diversos casos puede incluso pasar sus propios topes, llegando incluso a eventos de contratación directa sin límite alguno, como ocurre por ejemplo con la causal de contratos para el desarrollo y apoyo de actividades de investigación científica o tecnológica, o cuando habiéndose declarado desierto un proceso simplificado que puede ir hasta los 1500 S.M.M.L.V se puede realizar en forma directa.

Por otra parte, vemos como en la misma definición de las causales de contratación los manuales dejan vacíos palpables frente a la forma como se deben acreditar o probar determinadas condiciones para justificar la aplicación de la contratación directa, como ocurre con el tema de contratación con distribuidores exclusivos, fabricantes, o la contratación de actividades complementarias y subsiguientes, que debe ser con un mismo contratista. Finalmente, en cuanto a los estudios previos, es clara la diametral importancia que componen los mismos para la contratación, por lo que resulta cuestionable el hecho de que se prescinda de su elaboración para algunos casos. Se destaca así mismo en cuanto a la determinación del valor del contrato, siendo este un insumo de los más importantes en la estructuración de los estudios previos, que si bien es

cierto los manuales anuncian reiterativamente que se debe consultar los precios del mercado, advertimos como los manuales son bastante cortos, en la forma, aspectos a tener en cuenta, para su definición; en donde las cotizaciones como único factor en algunos procesos la limitan a una sola.

Los factores enunciados, vistos de fondo, componen un riesgo para el principio de imparcialidad de cara al ejercicio serio y exigente que demanda la contratación e inversión de un presupuesto público, en donde estos manuales, estatutos de contratación son la fuente orientadora que proponen las ESEs en el departamento del Huila para la inversión de sus recursos, en donde es inevitable cuestionarnos frente al hecho de que si la asunción del régimen privado, para la contratación lleva o no a una prestación efectiva del servicio de salud, y si esta forma de contratación directa, que desde ya se observa, es por excelencia a la que acuden las entidades constituye una modalidad que realmente materializa el principio de la imparcialidad.

3.1.2.2. Contratación por necesidad inminente

La denominada “Necesidad Inminente”, se observa como una poderosa figura, potestad prevista por las ESEs, para acudir a la contratación en forma directa, en todas aquellas situaciones calamitosas o constitutivas de fuerza mayor, desastres, que demandan un actuar urgente e inmediato, por parte de la entidad para atender de forma efectiva y oportuna la situación, como se observa en la tabla 3 para cada una de las ESEs estudiadas.

Tabla 3.

Caracterización de la modalidad de selección por Necesidad Inminente

Criterios	ESE NEIVA	ESE GARZÓN	ESE PITALITO	ESE LA PALTA
------------------	------------------	-------------------	---------------------	---------------------

	Res. 0400/2015	Acuerdo 004/2014	Res. 236/2014	Res. 635/2014
Definición	No presenta	No presenta	No presenta	No presenta
Causales	<p>- Cuando la gerencia apruebe el acto administrativo emitido por la oficina jurídica, en el que se declara la necesidad inminente.</p>	<p>- Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro.</p> <p>- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción</p> <p>- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas</p> <p>- En general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a cualquier otra modalidad de contratación prevista en el presente Estatuto, previa declaratoria a través de acto administrativo debidamente motivada, procediendo a contratar bajo la</p>	<p>- Cuando la continuidad de la prestación del servicio y la protección de la vida y la salud de los usuarios exija el suministro de medicamentos, bienes o la prestación de servicios, inclusive de profesionales, o la ejecución de obras en el inmediato futuro</p> <p>- Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción</p> <p>- Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastres que demanden actuaciones inmediatas</p> <p>- En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de</p>	<p>La necesidad del servicio exija el suministro de bienes</p> <p>La prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro</p> <p>Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas que imposibiliten acudir a otra modalidad de contratación prevista en el estatuto de la ESE</p>

		modalidad de contratación directa.	de selección o concurso.	
Cuántías	Cualquiera	Cualquiera	Cualquiera	Cualquiera
Procedimiento	La Oficina Asesora Jurídica, con los soportes que remitan las dependencias donde surgen las necesidades, proyectará debidamente motivado el acto administrativo mediante el cual se declara la necesidad inminente para ser aprobado y suscrito por la Gerencia.	No Presenta	La necesidad inminente se declarará mediante acto administrativo motivado, expedida por el Gerente o su delegado salvo para la adquisición de medicamentos y/o elementos médico quirúrgicos, que se requieran con urgencia para salvar la vida o garantizar la salud de un usuario que los necesite de manera inmediata, en aquellos casos cuando la parte administrativa no se encuentre laborando. Se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran en el presupuesto de la Institución. En caso de situaciones de necesidad inminente que no permitan la suscripción de un contrato escrito, se prescindirá de este y se dejará constancia escrita de la autorización	El Asesor Jurídico con los soportes que remitan las dependencias donde surgen las necesidades, proyectará debidamente motivado el acto administrativo mediante el cual se declara la necesidad inminente para ser aprobado y suscrito por la Gerencia. Una vez superada la necesidad inminente, se procederá dentro de los 2 días siguientes a la misma, a realizar todos los trámites pertinentes encaminados a soportar la adquisición de los bienes o servicios.

impartida por el
Gerente o su
delegado.

Una vez superada la
necesidad
inminente, se
procederá dentro de
los 2 días siguientes
a la misma, a realizar
todos los trámites
pertinentes
encaminados a
soportar la
adquisición de los
bienes o servicios.

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

Una lectura de lo estipulado en los manuales, vemos que tanto Garzón y Pitalito y La Plata reseñan los casos excepcionales, como estados de excepción, o los llaman situaciones similares al desastre, la calamidad, hechos de fuerza mayor, para acudir a ella, sin embargo, en el manual de la ESE de Neiva, vemos que no hace mención alguna sobre las causas para su invocación, sino que indica simplemente la necesidad de elaborar el acto administrativo que declara la necesidad inminente.

Sumado a lo anterior la ESE de Pitalito, va más allá y de forma expresa señala que incluso ante la extrema premura, urgencia, no es necesaria la suscripción de contrato alguno, siendo suficiente la autorización del gerente de la ESE; circunstancia que puede llevar a la configuración del denominado hecho cumplido, que es abiertamente prohibido por la ley, visto a la luz del régimen de contratación pública, en donde este acto se constituye como una violación al ordenamiento, que se caracteriza por el inminente riesgo en que se incurre, al fijar un compromiso

que deviene del Estado, sin contar previamente con el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal.

No cabe duda que estamos frente a una potestad, amplia de sumo cuidado, y que exige de su operador o funcionario que proceda a su aplicación, con un exquisito ejercicio de justificación y probidad en su utilización, como quiera que, por si sola, puede conllevar a su indebido uso y absoluta transgresión de los propósitos que informan el principio de imparcialidad en cuanto, a la total objetividad, inexistencia de interés o inclinación alguna frente a la contratación y favorecimiento de un tercero, que resulte además en el desconocimiento del bienestar e interés general.

3.1.2.3. Selección simplificada (invitación privada)

La modalidad de Selección Simplificada es aquella por medio de la cual se otorga potestad a las ESEs para acudir a una especie de contratación privada en la que se invita a un número limitado de participantes a presentar propuesta, y para el caso de las ESEs objeto de estudio, esta modalidad se caracteriza como se muestra en la tabla 4.

Tabla 4.

Caracterización de la modalidad de Selección Simplificada

Criterios	ESE NEIVA	ESE GARZÓN	ESE PITALITO	ESE LA PALTA
	Res. 0400/2015	Acuerdo 004/2014	Res. 236/2014	Res. 635/2014
Definición	Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula una invitación a un número plural de	Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula una invitación para	Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula una invitación para	No presenta

	personas naturales y/o jurídicas para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y la ESE, seleccione la propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación que se realice.	que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas, conforme a los términos de condiciones establecidos por la ESE, la cual, seleccionará la propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación	que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas, conforme a los términos de condiciones establecidos por la ESE, la cual, seleccionará la propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación	
Causales	- No presenta otro aparte de la cuantía.	- Sin perjuicio de su cuantía, el proceso que tenga por objeto la compra de medicamentos, insumos medico quirúrgicos, dispositivos biomédicos, así como de equipos biomédicos y demás equipos relacionados, siempre que no se compren directamente al laboratorio o fabricante de los mismos, se deberá adelantar mediante selección simplificada.	No presenta otro aparte de la cuantía.	- Además de la cuantía, cuando se declare desierto el proceso de invitación pública.
Cuantías	>300<1.500 S.M.M.L.V	>100≤1.000 S.M.M.L.V	>100<1.000 S.M.M.L.V	>300≤1.500 S.M.M.L.V
Procedimiento	Independiente de la cuantía, se exige mínimo solo 2 cotizaciones para	>100≤500 S.M.M.L.V: se adjudicarán, con la solicitud de	Independiente de la cuantía, se exige mínimo solo 2 cotizaciones para	Independiente de la cuantía, se exige mínimo solo 2 cotizaciones para

cumplir con la pluralidad.	mínimo de tres (3) ofertas.	cumplir con la pluralidad.	cumplir con la pluralidad.
El área donde surge la necesidad deberá elaborar el estudio previo y se deben establecer las reglas y/o términos de condiciones en la invitación.	>500≤1000 S.M.M.L.V: se deberán publicar en la página web de la empresa, de acuerdo al principio de configuración administrativa atendiendo la capacidad	La Selección Simplificada estará precedida del correspondiente estudio de conveniencia y oportunidad y su adjudicación se realizará del análisis comparativo que se haga de las propuestas presentadas con su debida justificación	La gerencia elige los invitados, pero no se aclara como es el proceso.
La Oficina Asesora Jurídica remitirán la invitación a los posibles oferentes, pero no se aclara como es el proceso.	técnica, administrativa, jurídica y financiera de la ESE.	No se menciona quién y cómo se eligen los invitados ni quién y cómo se envían las invitaciones.	Las invitaciones las hace la oficina jurídica, pero no se aclara como es el proceso.
Las invitaciones se hacen por los mecanismos de comunicación y/o notificación contenidos en el CPACA.	Se deben establecer las reglas y/o términos de condiciones en la invitación.	Se deben establecer las reglas y/o términos de condiciones en la invitación.	Las propuestas se presentan por correo certificado, correo institucional o página web.
Los responsables técnicos y/o financieros evalúan las propuestas y se selecciona con el posible apoyo del comité de contratación.	Para la selección, podrá conformar un comité de apoyo a la actividad contractual.	Para la selección, se podrá convocar al comité de contratación y compras.	Se deben establecer las reglas y/o términos de condiciones en la invitación.
			Para la selección, se convoca al comité evaluador.

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

De acuerdo a lo descrito en la tabla 4, la ESE de Garzón se distingue por cuanto exige como mínimo para cuantías $>100 \leq 500$ S.M.M.L.V la participación de 3 oferentes, y si dicha cuantía es $>500 \leq 1.000$ S.M.M.L.V, se exige la publicación de la invitación en la página web institucional, mientras que las ESEs de Neiva, la Plata y Pitalito, se limitan a cumplir con el criterio de pluralidad que les exige solo la participación mínima de 2 oferentes independiente de la cuantía y en ningún caso se obligan de hacer pública la invitación.

Además de lo anterior, la principal causa o criterio que motiva o justifica esta modalidad es la cuantía, sin embargo la ESE de Garzón también reconoce como criterio adicional y sin perjuicio de su cuantía, la compra de medicamentos, insumos medico quirúrgicos y dispositivos biomédicos que no se compren directamente al laboratorio o fabricante, y la ESE de la Plata también reconoce los procesos de invitación pública declarados desiertos, lo que sin lugar a dudas amplía los posibles montos a contratarse por esta modalidad.

Llama poderosamente la atención que en ninguno de los manuales se establecen mecanismos que definan el proceso de escogencia de los invitados a participar en el proceso, pues aunque para el caso de Pitalito se otorga esta potestad al Gerente y para el caso de Neiva se delega a la oficina Jurídica – las otras ESEs no delegan directamente esta función -, no se indica bajo qué criterios debe hacerse esta selección, como por ejemplo, la obligación de consultar un banco o lista de posibles oferentes, contratistas y/o proveedores, con el fin de llevar este tipo de procesos bajo las reales bondades del principio de imparcialidad.

Concretamente frente al proceso de selección de la oferta más conveniente, todas las ESEs recalcan la necesidad de establecer en las invitaciones los términos de condiciones o reglas para la selección de ofertas, sin embargo la ESE de Pitalito es la única que estipula la obligatoriedad de la participación del comité evaluador, mientras que las otras ESEs dejan abierta la posibilidad o no de convocar un comité de apoyo o recurrir al que ya este establecido.

En conclusión, resulta reprochable a la luz del principio de imparcialidad que no se exija en los manuales de contratación de las ESE una amplia pluralidad de oferentes - a excepción de Garzón -, sino que por el contrario, se limite exclusivamente al criterio matemático que establece la pluralidad en mínimo 2 invitaciones, viéndose también afectada la aplicabilidad del principio de publicidad como garante de imparcialidad en esta modalidad, y más grave aún, que este proceso crítico de escogencia de posibles oferentes, no sea determinado ni descrito a cabalidad, lo que deja en duda la imparcialidad en dicha actuación, que indudablemente resulta ser crucial para poder garantizar el normal desarrollo del proceso de contratación.

3.1.2.4. Convocatoria pública

Finalmente señalan los manuales bajo estudio, la existencia de la modalidad de selección como *Convocatoria y otros Convocatoria Pública*, nominación que sin mayor razonamiento nos lleva a pensar que la forma de selección que guardaría por excelencia el principio de imparcialidad en la medida en que es pública y pueden participar todas las personas interesadas en el proceso sin límite alguno, sin embargo es preciso antes de hacer tal aseveración, caracterizar esta modalidad para cada ESE, como se muestra en la tabla 5.

Tabla 5.

Caracterización de la modalidad de Selección por Convocatoria Pública

Criterios	ESE NEIVA	ESE GARZÓN	ESE PITALITO	ESE LA PALTA
	Res. 0400/2015	Acuerdo 004/2014	Res. 236/2014	Res. 635/2014
Definición	Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y la ESE, seleccione la propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación que se realice.	Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y la ESE, seleccione la propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación que se realice.	Mediante este procedimiento la ESE, invitará públicamente a las personas interesadas en contratar, para que en igualdad de oportunidades, formulen ofertas acerca de las obras, bienes o servicios que requiera, de forma que se seleccione entre ellas el ofrecimiento más favorable a los fines que busca.	Es el procedimiento mediante el cual la ESE Invita públicamente a personas naturales o jurídicas, para que, en igualdad de oportunidades, formulen ofertas acerca de las obras, bienes o servicios que requiera la empresa y seleccione entre ellas las más favorables para los intereses de la ESE, de conformidad con la evaluación que se realice.
Causales	- No presenta otro aparte de la cuantía.	- No presenta otro aparte de la cuantía.	- No presenta otro aparte de la cuantía.	- Además de la cuantía, todos los contratos cuyo objeto no verse con la actividad misional de la E.S.E en vigencia de la Ley de Garantías.
Cuantías	>1.500 S.M.M.L.V	>1.000 S.M.M.L.V	≥ 1.000 S.M.M.L.V	>1.500 S.M.M.L.V
Procedimiento	No se menciona nada respecto a publicación de aviso y proyecto de términos. Publicación apertura y términos: publicación en la página Web de la	No se menciona nada respecto a publicación de aviso y proyecto de términos. Publicación apertura y términos: publicación en la página Web de la	No se menciona nada respecto a publicación de aviso y proyecto de términos. Publicación apertura y términos: publicación en la página SECOP y	Publicación aviso y proyecto de términos: publicación en el Portal Web o en subsidio en la cartelera de la ESE por un término de 2 a 3 días hábiles. Presentación de observaciones al

institución por mínimo 3 días.	institución por mínimo 3 días.	Web de la institución por 3 días.	proyecto de términos: Por un término de 2 a 3 días hábiles, por escrito o por correo electrónico.
Presentación de observaciones a los términos: Por un término mínimo de 3 días, las cuales deberán presentarlas por escrito o por correo electrónico.	Presentación de observaciones a los términos: Por un término mínimo de 3 días, las cuales deberán presentarlas por escrito o por correo electrónico.	Presentación de observaciones a los términos: En un término de 3 días, las cuales deberán presentarlas por escrito o por correo electrónico.	Participación: se convoca a las veedurías, para el respectivo control.
Respuesta a las observaciones de los términos: Termino de tiempo de acuerdo al cronograma establecido en la convocatoria y se comunicaran mediante la página web de la Entidad.	Respuesta a las observaciones de los términos: En un término de 3 días cumplida la etapa de publicación de los términos de condiciones, las cuales se comunicarán a los interesados mediante la página web de la Entidad.	Respuesta a las observaciones de los términos: En un término de 2 días cumplida la etapa de publicación de los términos de condiciones. No se aclaran los medios de publicación.	Respuesta a las observaciones al proyecto de términos: Por un término de 1 a 5 días hábiles. No se mencionan los medios de publicidad.
No se menciona nada respecto a participación de veedurías ciudadanas, recepción de cartas de interes, audiencia de aclaración de términos definitivos y asignación de riesgos, recepción de ofertas, ni requisitos de verificación de habilitación y la subsanación de ofertas.	No se menciona nada respecto a participación de veedurías ciudadanas, recepción de cartas de interes, audiencia de aclaración de términos definitivos y asignación de riesgos, ni recepción de ofertas.	Participación: se convoca a las veedurías, para el respectivo control. No se menciona nada respecto a recepción de cartas de interes ni audiencia de aclaración de términos definitivos y asignación de riesgos.	Publicación apertura y términos definitivos: publicación en el Portal Web o en subsidio en la cartelera de la ESE por un término de 1 día hábil. Ese mismo día visita de obra cuando aplique.
			Recepción cartas de interes: al día había siguiente del término anterior en la oficina de contratación

Evaluación de las ofertas: Vencido el término para presentar ofertas, se conformará comité evaluador mediante acto administrativo, quienes rendirán el informe que se publicará en la Página Web de la entidad durante 2 días hábiles.

Objeciones al acta de evaluación: Por un término de 2 días hábiles y se deben presentar por escrito.

Respuesta de objeciones al acta de evaluación: El comité de evaluación resuelve las observaciones. No se establece termino de tiempo y medios de publicación, se asume que se establece en el cronograma.

Adjudicación: se adjudica mediante Acto Administrativo motivado, que se publica en la página web, contra la misma no procederá

En cuanto a los requisitos de verificación de habilitación, subsanación de ofertas y declaración desierta, se desarrollan artículos por separado, como se muestra más adelante.

Evaluación de ofertas: Una vez cerrado el término para presentar ofertas, se evaluará las propuestas atendiendo a los criterios de selección y parámetros establecidos en los términos de condiciones. La evaluación constará en un acta que se publicará en la Página Web institucional, y deberá permanecer durante 2 días hábiles en la oficina correspondiente.

Objeciones al acta de evaluación: Por un término de 2 días hábiles y se deben presentar por

En cuanto a los requisitos de verificación de habilitación, subsanación de ofertas y declaración desierta, se desarrollan artículos por separado, como se muestra más adelante.

Términos definitivos: se publican durante 5 días hábiles luego de dar respuesta a las observaciones. No se aclaran los medios de publicidad.

Recepción de ofertas: durante el mismo termino de tiempo anterior (5 días). Se depositarán en una urna previamente cerrada y sellada y será de responsabilidad de los delegados por el señor Gerente

Evaluación de ofertas: dentro del término de 3 días

Observación a términos definitivos: Por un término de 2 días, por escrito o por correo electrónico.

Respuesta a observaciones a términos definitivos y asignación de riesgos: El último día del término anterior se realiza audiencia de aclaración de términos y asignación de riesgos.

Recepción de ofertas: Al día siguiente hábil se procederá al cierre del proceso y se recepcionarán las propuestas, ante la oficina jurídica, solamente quienes hayan radicado dentro del término la carta de interés.

Verificación de requisitos y subsanación: verificación de requisitos habilitantes y publicación en la página web o en subsidio en la cartelera de la entidad. El termino para subsanar propuestas podrá ser de entre 1 a 4 días hábiles ante la Oficina de Contratación o

recurso alguno.	por escrito.	calendario se realiza la evaluación por parte del comité y el informe se publica por 2 días. No se aclaran los medios de publicación.	mediante el correo electrónico
	Respuesta de objeciones al acta de evaluación: Vencido el termino de presentación de éstas, se dará contestación, documento que se publicará en la Página Web de la Entidad. No se define termino de tiempo para ello.	Objeciones al acta de evaluación: Por un término de 2 días hábiles. No se aclaran los medios de presentación.	Evaluación de ofertas: Se procederá a realizar la evaluación de las propuestas por el comité evaluación, quienes deberán suscribir el acta de informe de evaluación, la cual deberá publicarse una vez termina la evaluación en la Página WEB o en subsidio en la Cartelera o de ESE.
	Adjudicación: se procederá a adjudicar el proceso mediante Acto Administrativo motivado, el cual de igual manera se publicará en la página web, contra la misma no procederá	Respuesta de objeciones al acta de evaluación: Vencido el termino de presentación de éstas, se dará respuesta en 1 día adicional. No se aclaran los medios de publicación.	Objeciones al acta de evaluación: Dentro del día siguiente ante la oficina de contratación y/o por el correo Electrónico
	recurso alguno.	Adjudicación: se procederá a adjudicar el proceso mediante Acto Administrativo motivado, el cual de igual manera se publicará en la página web, contra la misma no procederá	Respuesta de objeciones al acta de evaluación: Dentro del Primer al quinto día siguiente, informe que deberá publicar en la Cartelera y pagina WEB de la ESE
		recurso alguno.	Adjudicación: se realiza la citación de Audiencia de Adjudicación la cual deberá realizarse en un

término máximo del día siguiente hábil. Al día siguiente se deberá publicar el acto la Cartelera o página WEB de la ESE.

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

Como se observa en la tabla 5, el principal criterio que justifica esta modalidad esencialmente es su cuantía, que para Garzón y Pitalito está definida como superior a 1.000 S.M.M.L.V y para Neiva y la Plata es superior a los 1.500 S.M.M.L.V, lo que nos permite de entrada señalar que la contratación de las ESEs bajo la modalidad de invitación pública – es decir abierta a la participación de varios interesados - en donde se prevé una mayor aplicabilidad de los principios de libre concurrencia y competencia, solo se desarrolla para la contratación económicamente significativa, reduciéndose así su margen de utilización. Dicho en otras palabras, las cuantías así definidas, permiten prever que esta modalidad es la menos utilizada por las ESEs para contratar sus bienes, obras y servicios, pues se reserva únicamente para procesos en los que se involucra contrataciones por montos cuantiosos.

Adicional a lo anterior, al analizar de manera general el procedimiento aplicado y las etapas de esta modalidad, se pudo observar que algunas ESEs resultan más garantistas y cercanas al respeto de los principios de la función administrativa, entre ellos al de imparcialidad, como es el caso de la ESE de la Plata, que es la única que establece hasta tres (3) días hábiles para presentar observaciones al proyecto de términos de condiciones y 2 días más para hacer lo mismo frente al publicación de términos definitivos, además de ser la única que establece la realización de audiencia de aclaración de términos definitivos y asignación de riesgos, mientras que las otras

ESEs no estipulan una etapa o proceso de proyecto de términos de condiciones y solo establecen como máximo 3 días para presentar observaciones a los términos publicados y posterior a ello se declaran en firme sin dar oportunidad de más observaciones ni aclaraciones.

En lo que respecta al termino de tiempo para presentar objeciones al acta de evaluación de ofertas y contrario a lo relacionado con las observaciones a los términos de condiciones, la ESE la Plata resulta ser la menos garantista y cercanas al respeto de los principios de la función administrativa, entre ellos al de imparcialidad, pues solo establece un día hábil para esta presentación de observaciones, mientras que las otras ESEs permiten hacer las objeciones a este informe hasta dentro de los 2 días siguientes a su publicación.

Se observa que es un proceso que por su naturaleza demanda el agotamiento de unas etapas con un cronograma ajustado en tiempos, que en promedio no debe tardar más de 20 a 25 días hábiles, que en algunos eventos prevé los criterios mínimos a tener en cuenta para su desarrollo, y en otros la información se torna más general, dejando más aspectos por definirse en los denominados términos de referencia. En cuanto a la definición de las causales para declarar desierto el proceso y la fijación de reglas de subsanabilidad, se puede establecer que tan solo, las ESEs de Garzón y Pitalito, los relacionan de forma expresa, así:

ESE Pitalito: ARTÍCULO 51.- DECLARATORIA DESIERTA CONVOCATORIA:
La institución procederá a declarar desierta la convocatoria cuando:

- a) Todas las propuestas omitieren el objeto, el valor o el plazo.
- b) Cuando se haya violado la reserva de las propuestas antes de su cierre
- c) Cuando la propuesta contenga precios artificiosamente bajos.
- d) Cuando a juicio de la institución resultaren inconvenientes.

ESE Pitalito: ARTÍCULO 19.- REGLAS DE SUBSANABILIDAD: En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que

verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en los términos de condiciones. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

En ningún caso la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Antonio de Pitalito, señalará taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitirá que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta.

ESE Garzón: 15.2. Causales para declarar desierto el proceso de contratación. La Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Vicente de Paúl, podrá declarar desierto el proceso de contratación por los siguientes motivos: Falta de presentación de propuestas, el incumplimiento por parte de los proponentes de los requisitos sustanciales establecidos en los términos de condiciones, no alcanzar los puntajes mínimos requeridos y cuando por razones de inconveniencia la oferta resulte desfavorable para la entidad.

ESE Garzón: 15.3. Reglas de Subsancibilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, que no constituyan puntaje y que no sean los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales se podrán requerir hasta antes de la adjudicación.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

En ningún caso la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Vicente de Paúl, señalará taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitirá que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, ni que se adicione o mejore el contenido de la oferta.

En cuanto a esta modalidad y su desarrollo en los manuales de contratación, se puede advertir que las entidades hacen un esfuerzo para establecerla, mediante la cual se prevé la contratación de asuntos cuantiosos, que se escapen a las variadas causales de contratación directa, y la cuantía de

la simplificada, de suerte, que lo que se prevé desde ya, es que esta modalidad de selección normalmente es poco utilizada, se ejecuta en un tiempo limitado, su publicidad es precaria, por no decir nula, si tenemos en cuenta que en el caso de la ESE de La Plata Huila, se indica que el proceso será publicado en la página web de la entidad, o en subsidio se hará en la cartelera de la ESE, practica que a todas luces conduce al quebrantamiento de los principios que deben revestir estos procesos, en donde el principio de publicidad se observa como un garante del de imparcialidad, como quiera que estos procesos se supone están dirigidos a la participación de los interesados en todo el país.

3.1.3. Medios de publicidad especificados en los manuales de contratación para el desarrollo de sus procesos de selección

En cuanto al principio de publicidad que como se explicó, aunque no es objeto de análisis en el presente estudio, sí resulta determinante en la materialización y visualización del principio de imparcialidad, se pudo establecer los medios de publicidad establecidos en los manuales de contratación de cada ESE, como se observa en la tabla 6.

Tabla 6.

Medios de publicidad establecidos en los manuales de contratación

Entidad	Medios de publicidad
ESE Garzón	<p>ARTICULO 11°. SELECCIÓN SIMPLIFICADA: Se establece la página web de la ESE como medio de publicación de invitación para cuantías $>500 \leq 1000$ S.M.M.L.V, para cuantías menores no se establece el medio de publicidad.</p> <p>ARTÍCULO 12°. CONVOCATORIA PÚBLICA: Se establece la página web de la entidad como medio de publicación de todos los actos administrativos e información dentro del proceso.</p>

	ARTÍCULO 20°. PUBLICACIÓN. La Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Vicente de Paúl, publicará oportunamente los contratos que celebre en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (Secop).
ESE Neiva	CONTRATACIÓN SIMPLIFICADA: Las invitaciones se hacen por los mecanismos de comunicación y/o notificación contenidos en el CPACA.
	CONTRATACIÓN INVITACIÓN PÚBLICA: Se establece la página web de la entidad como medio de publicación de todos los actos administrativos e información dentro del proceso.
ESE La Plata	ARTÍCULO 16°. SELECCIÓN SIMPLIFICADA: Se establece el correo certificado, el correo electrónico y/o la página web de la entidad como medio de publicación de invitación para cualquier cuantía.
	ARTÍCULO 17°. CONVOCATORIA: Se establece el Portal Web o en subsidio la cartelera de la ESE como medio de publicación de todos los actos administrativos e información dentro del proceso.
ESE Pitalito	ARTÍCULO 15. COMUNICACIÓN CON OFERENTES Y CONTRATISTAS: El Hospital a través de la página web www.hospitalpitalito.gov.co y el Portal del Sistema Electrónico de Contratación Pública "SECOP", publicará los procesos contractuales que de conformidad con lo ordenado en el Estatuto de Contratación que sean exigibles, facilitando un Link especial de la página del Hospital y el correo electrónico institucional destinado para tal finalidad, que serán los medios tecnológicos para interactuar entre la institución, los oferentes y los contratistas. Al igual dispondrá de los medios convencionales para garantizar la comunicación; teléfono, fax, carteleras, correo institucional, centrando la atención al público de los procesos contractuales en la oficina jurídica.
	ARTÍCULO 50. CONVOCATORIA PÚBLICA: Se establece la página web de la entidad y el SECOP como medio de publicación de todos los actos administrativos e información dentro del proceso.

Nota. Tomado de los manuales de contratación vigentes para el periodo de estudio en cada ESE

De acuerdo a lo anteriormente descrito en la tabla 6, se pudo determinar que las ESEs de Pitalito y Garzón son las únicas que establecen un artículo específico relacionado con los medios de publicidad, sin embargo es la de Pitalito la que más insiste en la necesidad de publicar los proceso a través del Portal del Sistema Electrónico de Contratación Pública "SECOP". Como regla general, las otras ESEs se apoyan en las páginas web y correos electrónicos institucionales, , y es la ESE de la Plata, que llama poderosamente la atención, por ser la única que establece como medio subsidiario de publicidad la cartelera física en las instalaciones de la ESE.

Además de quedar en evidencia la precariedad de estos medios de publicidad establecidos en la mayoría de los manuales de las ESEs en estudio, se debe señalar el impacto que esto también tiene frente al acceso a la información que se asume es pública, pues es muy difícil acceder a los procesos contractuales con la documentación completa, contentiva de su etapa de planeación como lo son los denominados estudios previos y/o de conveniencia y oportunidad, así como los documentos, resultantes de la etapa de selección del contratista, circunstancias que desde ya ponen en evidencia el riesgo en el que ha estado inmerso el principio de imparcialidad, en virtud a un ejercicio tan básico y necesario como lo es dar a conocer su actividad contractual y la inversión de los recursos públicos.

Si se compara estos medios de publicidad definidos por las ESEs en sus manuales con las actuales plataformas disponibles y utilizadas por excelencia por el sistema de gestión pública contractual, esto es las instituidas para el efecto por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, inicialmente el SECOP I y ahora el SECOP II, resulta es notorio que estas entidades analizadas se apoyan en herramientas que resultan poco eficaces, por no decir nulas, en cuanto a la oportunidad de acceder al proceso no solo para los interesados en participar de la selección y ser adjudicatarios, futuros contratistas de la entidad, sino a su vez en garantía del derecho que tiene la ciudadanía como veedora, de la correcta inversión de los recursos públicos.

No obstante a lo anterior, es necesario precisar que si bien es cierto estas formas de publicación, como lo son su página web en la mayoría de los casos y en otros una cartelera frente a la entidad, nos parecen algo absurdas, de cara a todo el desarrollo que se ha surtido en torno al tema de tecnologías de la información, lo cierto es que el ejercicio de publicidad de sus actuaciones, y su evolución, necesariamente ha ido de la mano de los avances logrados por el

gobierno central, en materia de tecnología, de los recursos y los medios instituidos, que finalmente se han implementado para las municipalidades, con todo el reto que la misma tecnología exige en materia de equipos, personal capacitado, y suficiencia de las redes para soporte y cargue de la información.

A continuación se describe de manera general aquella evolución normativa y de las herramientas tecnológicas al servicio de la publicidad en la contratación de las entidades estatales exceptuadas del régimen público de contratación:

- El Art. 3 de la Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, y principalmente se obliga a las entidades públicas regidas por la Ley 80 de 1993 a publicar su actividad contractual por esta herramienta, mientras que a las entidades exceptuadas, aunque obligadas por esta misma ley a la aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, se les permite de manera voluntaria la utilización de la herramienta y/o disponer de sus medios de publicidad propios, establecidos en los manuales y estatutos de contratación.
- El Art. 1 del Decreto 4170 de 2011, “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura.” crea esta entidad descentralizada y en su art. 2 se describe como su objetivo desarrollar políticas públicas y herramientas para la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública. Dentro de sus funciones descritas en el art. 3 se menciona Desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la

Contratación Pública (SECOP). Hasta entonces, la obligatoriedad de las empresas del estado regidas por la Ley 80 de 1993 como la exceptuadas de este régimen, permanecían igual a lo estipulado en la Ley 1150 de 2007.

- El Artículo 223 del Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.” Elimina el diario único de contratación y decreta que a partir del 1° de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el SECOP, indistintamente del régimen jurídico, lo que corresponde a una primera reglamentación en materia de obligatoriedad para las ESE frente a la publicación de sus procesos en esta herramienta.
- La Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013 de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, en la cual se recuerda que “las entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público”.
- El SECOP II: En el año 2015 la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, lanzo la versión SECOP II, que a diferencia de la primera versión creada en la Ley 1150 de 2007 que solo es exclusivamente de publicidad, esta es una plataforma transaccional que permite interacción entre entidades, proveedores y contratistas. Al igual que con el SECOP I, las entidades exceptuadas no fueron obligadas desde el principio a publicar en esta plataforma, aunque si podían hacer uso voluntario de está, sin embargo y como se mencionó anteriormente, desde junio de 2012 debían hacer públicos los contratos en SECOP I, mientras podían también de manera voluntaria disponer

de sus medios de publicidad propios, establecidos en los manuales y estatutos de contratación.

- El Art 53 de la Ley 2195 de 2022, “por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones” añade los incisos 2 y 3 al art. 13 de la Ley 1150 de 2007 así: “En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP II -o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido”.
- En este sentido, a partir del 18 de julio de 2022 a las 23:59 empezó a regir la obligatoriedad del uso de esta plataforma SECOP II por parte de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993, permitiendo a aquellas que habían creado procesos en el SECOP I, poder seguir gestionándolos por allí, sin embargo, la creación de nuevos procesos debía ser por SECOP II.

Es importante resaltar que la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– creo dos módulos para la publicación del régimen especial: Contratación Régimen Especial (con ofertas) para procesos con pluralidad de oferentes que es obligación publicar tanto en las etapas precontractuales, contractuales y psocontractuales, y Contratación

Régimen Especial (sin ofertas) para proceso de contratación directa que es de forma voluntaria su publicación.

Se ha de advertir entonces, que la realización del principio de publicidad ha evolucionado paulatinamente, en donde se les ha ido indicando a estas entidades su deber de publicar su actividad contractual y porque medios; así las cosas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 sobre la aplicación de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren estas empresas, se sabe, corresponde al régimen privado, no obstante ello, como ya se ha indicado esto no las exime de la responsabilidad y obligación que tienen de publicar su actividad contractual, cuando ejecuten recursos públicos.

Como se señaló anteriormente, la normativa actual y los avances tecnológicos aplicados a la gestión contractual del Estado han evolucionado positivamente, persiste inobservancia del ejercicio de publicidad en estas entidades analizadas, pues por un lado, aunque durante el periodo de tiempo analizado - que fue entre 2014 a 2017 - estaban obligadas a publicar sus procesos en SECOP I – al SECOP II fueron obligadas solo hasta 2022 – , y además podían adicional y voluntariamente hacer uso de sus páginas web oficiales, al hacer la respectiva búsqueda de información sobre sus procesos contractuales, fue muy difícil poder acceder a estos, pues en la mayoría de los casos no están publicados en el SECOP I ni en sus sitios web oficiales, y los pocos que se encuentran allí, no lo están en su totalidad, es decir que no reposan los documentos que dan cuenta de las etapas precontractuales, sino que simplemente se halla el contrato celebrado y uno que otro documento adicional, que en realidad no representa un elemento de análisis pertinente para evidenciar la aplicabilidad del principio de imparcialidad.

En conclusión, es preciso señalar que la obsolescencia, precariedad e ineficacia de los medios de publicidad establecidos en los manuales de contratación de las ESEs y por ende la imposibilidad de acceder completamente a los procesos contractuales desarrollados por estas entidades durante el periodo de análisis, ponen de manifiesto la inobservancia del principio de publicidad en la actividad contractual, y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia que se ha desarrollado en capítulos anteriores, esta inobservancia de publicidad resulta ser un indicio importante de ausencia de imparcialidad en la actividad contractual de las entidades objeto de análisis. Aunada a lo anterior y para el caso puntual de este estudio, la inaplicabilidad del principio de publicidad por parte de las ESEs de la Plata, Garzón, Neiva y Pitalito no solo señala deficiencias en el desarrollo de procesos imparciales, sino que también dificulta seriamente el desarrollo investigativo, pues limita enormemente el ejercicio de análisis propuesto metodológicamente, por cuanto no es posible acceder a fuentes de información que permitan el acceso a los datos necesarios para determinar la evidencia de la integración de la imparcialidad como principio de la función administrativa en sus actividades contractuales.

3.2. Resultados y análisis de la manifestación práctica del principio de imparcialidad en los procesos de contratación

El análisis adelantado frente a los manuales de contratación de las ESEs bajo estudio, resultó un ejercicio determinante para guiar este análisis práctico, como quiera que, se pudo observar que pone en evidencia diversos y determinantes aspectos, indicantes de que estas entidades si bien no desconocen que la actividad contractual cualquiera sea el régimen, están obligadas a la observancia de un marco normativo que se rige por excelencia, mediante la aplicación de principios que tienen como propósito evitar decisiones convenientes, caprichosas o

interesadas, orientadas a un beneficio individual que desconozca, tanto el interés general, como la debida inversión de los recursos públicos.

Con este ejercicio de análisis de los procesos se busca establecer en un escenario práctico y de contacto directo con el partícipe del proceso y su desarrollo, las circunstancias y los aspectos que lleven o no a la materialización del principio, por ello, se consideró la importancia de hacer un análisis específico de las formas de selección en donde exista competencia, para ser adjudicatario de un proceso, es decir, que se surta la concurrencia de más de un partícipe, que como se detalló en el anterior título, obedecen a las modalidades de “*selección simplificada*” y “*convocatoria pública*”.

3.2.1. Análisis de los procesos de selección simplificada de la ESE de Garzón

En este orden, para el estudio de la modalidad de *selección simplificada*, se acudió al análisis de los procesos de la ESE del municipio de Garzón, cual es la entidad con la que se logró el debido acceso a la información en cuanto a esta forma de selección, que además debemos advertir en su regulación, comparada con las demás, propone un condicionamiento destacable, en el sentido de que parte o divide la cuantía, estableciendo un margen de contratación que si bien es cierto, se sigue rigiendo por la modalidad simplificada, cuando es mayor a 500 S.M.M.LV se realiza de forma pública, esto es, sin que se realicen invitaciones privadas, sino publicando sus términos de referencia para la participación abierta a todos los interesados; así:

ARTÍCULO 11°. SELECCIÓN SIMPLIFICADA: Corresponden a aquellos procesos contractuales mediante los cuales se formula una invitación para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas, conforme a los términos de condiciones establecidos por la Empresa Social del Estado Hospital Departamental San Vicente de Paúl, la cual, seleccionará la

propuesta más favorable para la empresa, de conformidad con la evaluación que se realice. Esta modalidad de selección del contratista se aplicará para aquellos contratos cuya cuantía sea superior a cien 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (100 S.M.M.L.V) y menor de Mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.000 S.M.M.L.V); así: Por regla general, los contratos cuya cuantía sea superior a 100 S.M.M.L.V e inferior o igual a 500 S.M.M.L.V, se adjudicarán, con la solicitud de mínimo de tres (3) ofertas.

Para los contratos cuya cuantía sea mayor a 500 S.M.M.L.V e inferior o igual a 1.000 S.M.M.L.V, se deberán publicar en la página web de la empresa, de acuerdo al principio de configuración administrativa atendiendo la capacidad técnica, administrativa, jurídica y financiera de la ESE. PARÁGRAFO. Sin perjuicio de su cuantía, el proceso que tenga por objeto la compra de medicamentos, insumos medico quirúrgicos, dispositivos biomédicos, así como de equipos biomédicos y demás equipos relacionados, siempre que no se compren directamente al laboratorio o fabricante de los mismos, se deberá adelantar mediante selección simplificada. Para efectos del presente párrafo, se deberá invitar obligatoriamente a laboratorios y mayoristas y en los términos de condiciones se deberá exigir el registro INVIMA de todos los productos a adquirir, así como los registros actualizados de importación, cuando a ello hubiere lugar.

Desde ya queremos hacer notorio el contenido del párrafo en cita, que de forma muy sutil, por no decir, casi imperceptible, propone que prácticamente toda la contratación se surta por esta modalidad, hecho que no es coherente con el reconocimiento que bajo su responsabilidad tienen frente al principio de imparcialidad. En este orden, para el ejercicio de caracterización de los procesos, atendiendo las dificultades ya advertidas para acceder a la información,

especialmente en cuanto a los documentos que contienen el proceso de selección simplificada, se hizo el análisis de la muestra caracterizada en la tabla 7.

Tabla 7.

Caracterización de los procesos de selección simplificada de la ESE de Garzón

Número de Proceso. Año	Cuantía Estimada para el Proceso	Objeto Contractual
Selección Simplificada 010 de 2014	\$28.096.940	Adquisición de equipos biomédicos para las áreas de cirugía, uci neonatal, pediatría y hospitalización de propiedad de la E.S.E Hospital Departamental San Vicente de Paul.
Selección Simplificada 012 de 2015	\$314.721.592	Suministro de repuestos para los equipos biomédicos de la E.S.E Hospital Departamental San Vicente de Paul.
Selección Simplificada 001 de 2016	\$1.155.000.000	Suministro de productos farmacéuticos para satisfacer necesidades en diferentes servicios y UCI adultos de la E.S.E Hospital Departamental San Vicente de Paul.
Selección Simplificada 002 de 2016	\$1.150.000.000	Suministro de productos médico – quirúrgicos para satisfacer necesidades en diferentes servicios de la E.S.E Hospital Departamental San Vicente de Paul.

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Garzón

Como resultado destacable en cuanto a la actividad contractual desplegada por la ESE de Garzón conforme a los procesos de esta modalidad estudiados, se encontraron los señalados en la tabla 8.

Tabla 8.

Análisis de los criterios de imparcialidad en los procesos de selección simplificada: ESE Garzón

Criterios	Cumplimiento	Observaciones
Existencia del Estudio de precios y mercado y el estudio de Conveniencia y Oportunidad	Los procesos estudiados contienen los denominados estudios de precios y mercado y los Estudios de Conveniencia y Oportunidad.	En su contenido se observan los elementos básicos que interesan al proceso, sin embargo es posible señalar que para la determinación del valor del contrato, el estudio de

precios y mercado carece de mayor rigurosidad, pues no siempre se basa en un número pertinente de cotizaciones ni es orientado por personal especializado.

<p>Términos de referencia</p>	<p>Observaciones a los términos de referencia: Para los procesos cuya cuantía sea superior a 100 S.M.M.L.V e inferior o igual a 500 S.M.M.L.V, NO concede término para presentar observaciones a los términos de referencia, donde se establecen las condiciones de participación y requisitos a presentar con la propuesta.</p> <p>Para los procesos mayores a 500 S.M.M.L.V la entidad concede un término de dos (2) días.</p> <p>Observaciones al informe de evaluación: Para los procesos cuya cuantía sea superior a 100 S.M.M.L.V e inferior o igual a 500 S.M.M.L.V, se concede el término de un (1) día para presentar observaciones al informe de evaluación, así mismo, se registra en el cronograma, que al día siguiente se realizará la consolidación del informe de evaluación y adjudicación.</p> <p>Para los procesos mayores a 500 S.M.M.L.V la entidad concede un término de dos (2) días así mismo, se registra en el cronograma, que al día siguiente se realizará la consolidación del</p>	<p>Se considera un desacierto que los términos de referencia y/o condiciones de participación no cuenten con un plazo prudencial para que los interesados puedan elevar inquietudes y/o recomendaciones, frente al mismo, la ausencia de esta etapa conlleva a que los invitados, se ciñan sin oportunidad de cuestionamiento alguno, a las condiciones o requisitos que a bien tenga la entidad, para ser seleccionados, además de su sometimiento al cumplimiento del objeto contractual y obligaciones, conforme lo dispone la entidad sin mayor debate o reflexión alguna. Este aspecto que se advierte como negativo, pone en riesgo la realización de principio de imparcialidad en la medida en que los oferentes invitados, al no ser escuchados en esta determinante etapa, están conminados en asumir sin reparo alguno criterios de escogencia y formas de cumplimiento contractual, que eventualmente pueden ser desproporcionadas, o no ajustadas a las exigencias particulares del proceso contractual, e incluso pueden estar orientadas al favorecimiento de uno de los invitados, sin que estas deficiencias puedan ser tratadas o debatidas precisamente bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben prevalecer en los procesos de selección en favorecimiento plena del principio de imparcialidad.</p>
--------------------------------------	---	---

	informe de evaluación y adjudicación.	Si bien es cierto, si se contempla un tiempo para presentar observaciones al informe de evaluación, el conceder solo un día, se considera ajustado, para la dinámica de estos procesos que plantean una cuantía en sus topes alta.
Medio de publicidad elegido por la entidad para dar a conocer su proceso	Se compone por excelencia de tres (3) invitaciones, como lo prevé el manual de contratación, que se remiten a los correos de las personas elegidas por la entidad para participar en los procesos. En los procesos cuya cuantía es superior a los 500 S.M.M.L.V, se lleva a cabo a través de la página web de la entidad.	No se observa ni en los manuales ni en los estudios de conveniencia y oportunidad de donde se eligen las personas invitadas a participar en los procesos, en los procesos estudiados se observa la estructuración de una especie de invitación privada, por lo que, el proceso no goza de mayor publicidad, más que la interacción directa que se realiza con los invitados a participar en el proceso.
Número de invitados a ofertar y justificación de su elección	Para los procesos cuya cuantía sea superior a 100 S.M.M.L.V e inferior o igual a 500 S.M.M.L.V, se observa que los invitados conforme el manual corresponden a tres (3) mínimo. En los procesos estudiados se invitaron siempre el número mínimo de tres (3). Para los procesos mayores a 500 S.M.M.L.V, conforme lo establece el manual para esta entidad, la invitación es pública, por lo que no existen mínimos ni máximos.	En los procesos estudiados se observa la invitación a mínimo tres (3) partícipes tal como lo dispone el manual, es decir, la entidad no invita más que el número mínimo fijado, no se establece ni en los Estudios de Conveniencia y Oportunidad, ni en los términos o condiciones de participación, de donde se escogen, los invitados, cual es el criterio para su invitación a un proceso que como se observa resulta prácticamente privado, hecho que de forma directa le resta aplicabilidad y garantía del principio de imparcialidad.

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Pitalito

Finalmente, en cuanto al estudio y caracterización de la ESE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAÚL GARZON-HUILA,

como resultado de investigación importante, se debe señalar que una vez requerida la entidad para poder acceder a la totalidad de los procesos, pues como se indicó, no fue fácil adentrarnos a su análisis, por las dificultades ya enunciadas de acceso a la información detallada en los documentos que hacen parte de las etapas de selección. Es por ello, que cuando se requirió mediante derecho de petición a esta entidad, en la que además se solicitó la cuantificación y remisión de los procesos realizados bajo la modalidad de Convocatoria Pública, indicó que, durante las vigencias en estudio, no se había surtido ningún proceso bajo esta modalidad.

Bajo este dato de investigación, se concluye, que los recursos de la ESE de Garzón, en su mayoría son invertidos bajo las modalidades de selección *Directa y Simplificada*, donde la convocatoria pública resulta entonces inoperante; este hecho analizado a la luz del principio de imparcialidad, es indicante, de que si bien la entidad dispone de una modalidad que se cree debiera acogerse, ser útil, para la selección y adjudicación de objetos contractuales cuantiosos, y por lo mismo, de radical importancia para la entidad en donde la competencia abierta que se espera tenga fuerza, se surta desde la utilización de este tipo de procedimientos, en realidad no se materializa, no funciona.

En este orden, se advierte una realidad consistente, en que los únicos casos donde el proceso sale por página web y es dado a conocer públicamente, su protagonismo se lo lleva la modalidad de selección simplificada, esto es, cuando la cuantía es superior a 500 S.M.L.M.V; en donde claramente se prevé que los requisitos y términos de escogencia, son menores comparados con la denominada convocatoria pública que desde su regulación en el manual propone unos términos y condiciones más exigentes.

Los resultados de investigación analizados para esta entidad denotan, que si bien la ESE de Garzón desde su manual tiene como propósito una regulación que conlleve la debida inversión de sus recursos, la praxis en su actividad contractual revela que sus reglas y procedimientos no son coherentes con su realidad, al ser inútiles quedando solo en el papel; indicando además que buen porcentaje de su contratación, prácticamente se reduce a modalidades de selección con un cargado tinte directo, recogidos en los procedimientos de selección establecidos para las modalidades directa y simplificada, esta última donde a propósito se ha de resaltar trae una especial excepción a su cuantía, al señalar que todo proceso que tenga por objeto la compra de medicamentos, insumos médicos, quirúrgicos, entre otros elementos y equipos biomédicos, siempre que no se compren directamente al fabricante, se debe realizar por esta modalidad -Simplificada-, de ahí que uno de los procesos estudiados tenga una cuantía de \$1.155.000.000, sin que la selección por convocatoria pública sea utilizada.

Resulta en este aparte concluir como el esplendor que debiera tener el principio de imparcialidad, finalmente se hace nugatorio de cara a la inoperancia de los procedimientos de selección que son públicos por excelencia.

3.2.2. Análisis de los procesos de selección simplificada de la ESE de Pitalito

Para el análisis de la manifestación del principio de imparcialidad en la actividad contractual desarrollada bajo la modalidad de selección simplificada por la ESE de Pitalito y teniendo en cuenta las deficiencias en las actividades de publicación por parte de esta ESE, se solicitó a través de petición formal por escrito a la entidad tal información, recibiendo una respuesta limitada correspondiente a solo cuatro procesos, que por último se constituyen como las unidades de análisis y que se caracterizan en la tabla 9.

Tabla 9.*Caracterización de los procesos de selección simplificada de la ESE de Pitalito*

Numero de proceso/Año	Cuantía Estimada Para el Proceso	Objeto Contractual	Contratista o proveedor seleccionado
Selección Simplificada 148 de 2014	\$106.000.000	Suministro de camioneta 4X4 Diesel, Modelo 2015, adaptada con las modernas técnicas de fabricación de carrocerías, suministro de equipos y los accesorios por su clase, cantidad y calidad	Distribuidora Toyota S.A.S.
Selección Simplificada 109 de 2015	\$189.700.000	Realizar a todo costo la construcción de la estructura metálica para la cubierta, remodelación de pisos y área plazoleta principal de la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito Huila.	Arquitecto Diego Hernán Sandoval Castro
Selección Simplificada 048 de 2016	\$205.770.000	Suministro de medicamentos, con el cumplimiento de los registros exigidos por el INVIMA, para la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito	Cooperativa C.L.L. Medical
Selección Simplificada 158 de 2017	\$347.707.000	Suministro de medicamentos, con el cumplimiento de los registros exigidos por el INVIMA, para la E.S.E. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito	Medical Group ANMA

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Pitalito

De la caracterización antes presentada, es preciso indicar que en los cuatro procesos se evidencia el cumplimiento del único requisito o causal para la adopción de esta modalidad establecido en el manual de contratación relacionado con la cuantía, pues en ningún caso fue

inferior a 100 ni superiores a 1.000 SMMLV, sin embargo y como el objetivo es el análisis de la observancia del principio de imparcialidad, en la tabla 10 se expone la evaluación de algunos criterios, que a la luz de la doctrina, el desarrollo legal y jurisprudencial y lo normado en los manuales y estatutos, pueden ser garantía de la manifestación de dicho principio.

Tabla 10.

Análisis de los criterios de imparcialidad en los procesos de selección simplificada: ESE Pitalito

Criterios	Nivel de cumplimiento	Observaciones
Existencia del Estudio de precios y mercado y el estudio de Conveniencia y Oportunidad	Los procesos estudiados contienen los denominados estudios de precios y mercado y los Estudios de Conveniencia y Oportunidad.	En su contenido se observan los elementos básicos que interesan al proceso, sin embargo es posible señalar que para la determinación del valor del contrato, el estudio de precios y mercado carece de mayor rigurosidad, pues no siempre se basa en un número pertinente de cotizaciones ni es orientado por personal especializado.
Términos de referencia	<p>Observaciones a los términos: Solo en el proceso 158 de 2017 se determina 1 día hábil.</p> <p>Observaciones al informe de evaluación: Solo en el proceso 158 de 2017 se determina 1 día hábil.</p>	Aunque el manual determina que se deben establecer las reglas y/o términos de condiciones en la invitación, independiente de su cuantía, este criterio no se cumple a cabalidad, pues en lo que respecta a los términos para presentar observaciones y subsanaciones, solo es aplicado en el proceso del año 2017 en el que se concede solo un día hábil en cada caso, término que se podría considerar insuficiente si se tiene en cuenta que los principales garantes de la imparcialidad en este tipo de procesos son los mismos participantes, pues entre estos se puede establecer una dinámica de control orientada por la sana competencia. Por otro lado, en lo que respecta a la información sobre los factores de evaluación dentro de las

		reglas y/o términos de condiciones que deben ser expuestos en la invitación, tampoco se cumple a cabalidad, pues el proceso 148 de 2014 no determina en la invitación dicha información que de alguna manera genera garantía de imparcialidad para los oferentes invitados, pues les anticipa bajo que criterios serán evaluados y seleccionados y si estos son objetivos e imparciales.
Número de invitados a ofertar y justificación de su elección	<p>En el proceso 148 de 2014 presentaron ofertas 4 de los 5 invitados, en el proceso 109 de 2015 presentaron ofertas los 3 invitados.</p> <p>En el caso del proceso 048 de 2016 publicado en el SECOP I, se presentó solo 1 propuesta y en el caso del proceso 158 de 2017, solo se presentaron 2 propuestas.</p>	En cuanto al número de invitados, se cumple con lo exigido por el manual, sin embargo, se debe señalar que entre mayor sea el nivel de convocatoria e invitación, muchas más probabilidades se pueden dar frente a la garantía de la imparcialidad en las etapas subsiguientes del proceso, y más aún cuando la elección de los invitados a ofertar, no se justifica ni se advierte que este orientado por algún criterio imparcial, sino simplemente se basa en el criterio personal de quien convoca.
Factores de evaluación / ponderación	En el proceso 048 de 2016 se consideró como uno de los factores de calificación la experiencia y a su vez se estableció un factor relacionado con la existencia, acreditación de sede en el Dpto. otorgando una puntuación de 10 puntos para quien lo certifique y 5 para quien no, además de ello, se estimó una ponderación de 2 puntos solo para los oferentes con sede en el dpto. que hayan contratado un objeto similar con otras entidades de salud y 3 puntos más solo para los oferentes con sede en el dpto. que hayan contratado un objeto similar con la misma ESE, sin asignar ponderación en estos factores a los oferentes sin sede en el dpto.	Tal vez uno de los criterios que más garantiza la imparcialidad y que se relaciona con la selección objetiva, y la libre concurrencia son los factores de evaluación que se diseñan para escoger el contratista y adjudicar el contrato, sin embargo es preocupante la situación presentada en el proceso del año 2016, en el que de manera parcializada y poco objetiva, se da un trato desigual frente a la ponderación de los factores de evaluación, toda vez, que se exige un requisito que no es proporcional y razonado, por cuanto no se le otorga puntuación a los oferentes que no poseen sede en el dpto. beneficiando claramente a los que si certifican dicha condición, sumado a ello, y como un factor de mayor cierre del proceso además otorgan puntaje a lo que acrediten haber contratado un objeto similar pero con la misma ESE.

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Pitalito

De acuerdo a lo descrito en la tabla 10, es preciso señalar que los procesos de selección simplificada suministrados por la ESE de Pitalito para este análisis, aunque cumplieron en términos generales con lo presupuestado en su manual de contratación, no fueron completamente garantes del principio de imparcialidad, pues se pudo encontrar en el caso de los procesos de 2014 y 2015 – como se había advertido en el análisis de su manual – que no existió algún criterio que haya orientado y justificado la elección de los posibles oferentes que fueron invitados, situación que se ha advertido insistentemente afecta la aplicabilidad del principio de imparcialidad, dado que la escogencia injustificada de los invitados a ofertar en estos procesos analizados, puede ser entendida como una actuación basada en el interés personal, subjetivo y parcializada, características todas contrarias a la imparcialidad que se exige debe revestir la contratación con recursos públicos.

Es importante también resaltar como una de las grandes evidencias de la falta de garantía de imparcialidad, la relacionada con los factores de evaluación y ponderación propuestos en los términos de referencia del proceso 048 de 2016, pues en una clara violación a este principio se establecieron algunos criterios que discriminadamente beneficia a los oferentes con sede en el departamento del Huila, al estipular ponderación única para estos y privar de la oportunidad de recibir estos puntos a los que no poseen tal calidad, más aún cuando para este caso, la existencia de sede en el departamento no resultaba ser un criterio de valoración que garantizara la selección de la mejor propuesta. No siendo de poca monta la exigencia del requisito de contar con sede en el departamento del Huila, se le suma el hecho de que la entidad le otorgue puntos al oferente que aporte contratos, con la misma ESE.

No cabe duda de que en este proceso existió un interés particular de favorecimiento, al imponer una condición restrictiva que se aleja de la obligación de escoger imparcialmente a su contratista, y de paso negar a la entidad y a sus beneficiarios la posibilidad de acceder a una propuesta en términos de calidad y economía; es entonces cuando se suscitan estas preguntas: ¿no son acaso recursos públicos todos aquellos pesos y centavos con los que contrata la ESE? ¿además de las características propias que exige la contratación de servicios e insumos en la salud, relacionadas con la prontitud y diligencia que se requieren, que argumentos axiológicos y deontológicos guían la decisión de garantizar la imparcialidad en estos procesos?

Por último, del análisis realizado especialmente a los procesos del 2016 y 2017, se puede inferir la poca importancia que la entidad atribuye al posible control resultante de la sana competencia que se genera en medio de la pluralidad de oferentes y como ello puede incidir en la garantía de imparcialidad, cuando además los términos otorgados para la realización de observaciones al proceso, en el caso del año 2016 no existieron, y en el año 2017 fue solo de 1 día hábil, plazo que puede ser justificado, como también ya se mencionó, por la prontitud y diligencia con la que se requieren estos insumos, pero que aun así, limita en gran medida esa oportunidad tan valiosa de promover el control entre pares oferentes, y con ello blindar los procesos de mayor imparcialidad, objetividad y transparencia.

3.2.3. Análisis de los procesos de convocatoria pública de la ESE de Pitalito

Otra de las modalidades de selección establecidas en los manuales de selección de las ESEs bajo estudio, es la *-Convocatoria Pública-* que por excelencia, se surte en un escenario de participación abierta a cualquier interesado que demuestre tener las calidades, condiciones y competencias requeridas para ejecutar un contrato mediante el cual se satisfacen necesidades que

por su cuantía, revelan un grado de complejidad y exigencia en sus objetos contractuales que demandan el cumplimiento de capacidades, técnicas y económicas, para la ejecución exitosa del contrato

Conforme a la información lograda frente a este tipo de procedimiento contractual, se procedió al estudio de una muestra, en este caso aportada por la ESE de Pitalito Huila, previo ejercicio del derecho de petición, lo cual, nos permitió el estudio de un proceso de selección bajo el procedimiento de Convocatoria Pública, por cada uno de los años bajo estudio.

Ahora bien, es necesario recordar que esta modalidad de selección, en cuanto a su parte procedimental, como lo son, sus etapas y términos, están previamente definidos en los manuales de contratación, de cada entidad, del cual en el acápite anterior, se realizó un análisis detallado logrando extraer sus fortalezas y debilidades en razón al principio de imparcialidad, por lo que, para esta etapa practica de caracterización del proceso, se abordó su estudio conforme los siguientes aspectos descritos en la tabla 11.

Tabla 11.

Caracterización y análisis de los criterios de imparcialidad en los procesos de convocatoria pública de la ESE de Pitalito

Numero de proceso /Año	Cuantía Estimada Para el Proceso	Objeto Contractual	Cantidad de Proponentes	Contratista al que se le adjudica el proceso.	Formulación de Observaciones al Proceso.
Convocatoria Pública No 003 de	\$300.636.505	Prestación del servicio de vigilancia privada en la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.	Solo se presentó (1) Proponente.	Laos Seguridad Ltda.	No se presentaron observaciones a los

marzo de 2014.					Términos de Referencia de la Convocatoria.
Convocatoria Pública No 001 de marzo de 2015.	\$1.240.520.128	Apoyo bajo la modalidad de prestación de servicios en procesos y subprocesos administrativos: Proceso de apoyo de auditoría de cuentas médicas, Proceso de facturación -parcial, proceso estratégico-aseguramiento de la calidad y biomédico, Proceso de Gestión de la información, proceso de apoyo gestión documental, proceso de apoyo gestión de recursos financieros parcial, Proceso de apoyo gestión del ambiente físico y administrativo – parcial, proceso de apoyo Unidad de Ginecobstetricia – parcial, y proceso de apoyo de mercadeo en la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.	Solo se presentó (1) proponente	SIAPSA Sindicato de Apoyo en Salud	No se presentaron observaciones a los Términos de Referencia de la Convocatoria.
Convocatoria Pública No 003 de agosto de 2016.	\$1.015.800.000	Adquisición de un Sistema de Información para radiología y reposición de equipos biomédicos, para el servicio de imágenes diagnosticas de la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.	Se presentan (2) proponentes.	Imagin Experts And Healthcare Services S.A.S	Se formulan observaciones, y se surte contestación a las mismas por la entidad.
Convocatoria Pública No 001 de marzo de 2017.	\$1.296.608.124	Servicios de salud en procesos y subprocesos administrativos: Proceso de apoyo: Gestión de Ambiente físico, proceso gestión de recursos tecnológicos , proceso de apoyo gestión del recursos	Solo se presentó (1) proponente	SIAPSA Sindicato de Apoyo en Salud	No se presentaron observaciones a los Términos de Referencia

financieros, proceso de apoyo gestión de la información, proceso de apoyo gestión jurídica , proceso estratégico: gestión de calidad de la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito.	de la Convocato ria.
--	----------------------------

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Pitalito

Conforme el análisis realizado, se observa que si bien los procesos son públicos, en su mayoría, excepto uno, no se presentó más de un proponente y en tres de ellos no hubo siquiera observaciones y durante dos vigencias se le adjudico, el mismo contrato, a un mismo contratista; así mismo en el que se presentaron dos proponentes, uno de ellos presentó su oferta, sin ningún ofrecimiento económico, lo que denota que el proponente, o fue negligente en la estructuración de su propuesta, o en realidad no tuvo una intención seria de participar en el proceso, observación que se hace, en apego a la libre concurrencia que se entiende debe ser inherente a este tipo de selección.

No obstante los aspectos detallados, no se puede con ello afirmar, que no se materializa el principio de imparcialidad, dado que la ley le permite a ese único proponente participar y poder ser adjudicatario del proceso, pese a la naturaleza propia de esta modalidad, que de forma inmediata nos hace creer o abordar la idea de que por lo menos, debe haber una pluralidad de oferentes, para que se genere una atmósfera de competencia, precisamente para escoger la propuesta más conveniente para la entidad, en beneficio y amparo del interés general.

Llama así mismo la atención, que precisamente en los procesos donde solo existe un solo oferente, no se formularon observaciones de ninguna índole a la entidad, que prevean un ejercicio

detallado y reflexivo frente a los requisitos exigidos por la ESE, para para participar y adjudicar el proceso.

Finalmente, como dato de investigación destacable para esta entidad, se rescata que en el proceso de convocatoria No 003 de marzo del 2014, como medio de publicidad adicional, se transmitió por dos emisoras radiales el aviso de la convocatoria pública, acción que denota un interés práctico de realización el principio de imparcialidad, en la medida en que hacen masiva la invitación a participar en la actividad contractual, lo que denota un respeto y reconocimiento por el principio de publicidad en el proceso.

3.2.4. Análisis de los procesos de convocatoria pública de la ESE de Neiva

Finalmente, procedemos al análisis de los procesos de la ESE de Neiva, seleccionando como fuente de estudio la modalidad de selección, denominada por ellos como *Solicitud Pública de Ofertas*, proceso de selección que se asimila a los que se surten de forma pública esto es, buscando pluralidad de oferentes, la información fue tomada de la página de la entidad, dado que es una de las entidades, que aparte de tener mayor procesos en esta modalidad, en su portal web, registra mayor información de los procesos, que finalmente resulto de interés para este estudio, como se observa en la tabla 12.

Tabla 12.

Caracterización y análisis de los criterios de imparcialidad en los procesos de convocatoria pública de la ESE de Neiva

Numero de proceso/Año	Valor del Contrato.	Objeto Contractual	Cantidad de Proponentes	Contratista al que se le adjudica el proceso.
------------------------------	----------------------------	---------------------------	--------------------------------	--

Convocatoria Pública No 001 de 2014 .	\$1.469.201.214	La ejecución de la prestación del Servicio Integral de Aseo en las instalaciones del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, mediante suministro de personal, insumos, herramientas y equipos necesarios para garantizar la óptima presentación, limpieza y desinfección de las diferentes áreas asistenciales y administrativas, conforme a las necesidades de la entidad.	Se presenta solo (1) proponente.	LIMPIEZA TOTAL LTDA.
Convocatoria Pública No 002 de 2016 .	\$1.496.363.961	La ejecución de la prestación del Servicio Integral de Aseo en las instalaciones del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, mediante suministro de personal, insumos, herramientas y equipos necesarios para garantizar la óptima presentación, limpieza y desinfección de las diferentes áreas asistenciales y administrativas, conforme a las necesidades de la entidad.	Se presenta solo (1) proponente.	LIMPIEZA TOTAL S.A.S
Convocatoria Pública No 002 de 2017	\$1.624.928.614	La ejecución de la prestación del Servicio Integral de Aseo en las instalaciones del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, mediante suministro de personal, insumos, herramientas y equipos necesarios para garantizar la óptima presentación, limpieza y desinfección de las diferentes áreas, asistenciales y administrativas, conforme a las necesidades de la entidad.	Se presenta solo un (1) proponente	LIMPIEZA TOTAL S.A.S

Convocatoria Pública No 002 de 2014	\$1.145.855.290	La prestación del servicio de Vigilancia y Seguridad Privada con armas, sin armas con acompañamiento canino y medios tecnológicos, en todas las puertas de ingreso y salida de la entidad, de los bienes muebles e inmuebles del Hospital Universitario Hernando Moncaleano de Neiva, incluyendo la operación de una Central de Monitoreo de cámaras de seguridad, conforme los requerimientos del Hospital y las recomendaciones de la empresa de vigilancia.	Se presentan dos (2) proponentes	LAOS SEGURIDAD LTDA.
Convocatoria Pública No 003 de 2017	\$1.160.433.585	La prestación del servicio de Vigilancia y Seguridad Privada con armas, sin armas con acompañamiento canino y medios tecnológicos, en todas las puertas de ingreso y salida de la entidad, de los bienes muebles e inmuebles del Hospital Universitario Hernando Moncaleano de Neiva, incluyendo la operación de una Central de Monitoreo de cámaras de seguridad, conforme los requerimientos del Hospital y las recomendaciones de la empresa de vigilancia.	Se presenta solo (1) proponentes	LAOS SEGURIDAD LTDA.

Nota. Elaboración propia basado en la documentación enviada por la ESE de Pitalito

Para este análisis se escogieron los procesos comunes a la entidad, es decir, cuyos objetos contractuales, son contratados y ejecutados todas las vigencias, por ser servicios o suministros permanentes, que a diario requiere la ESE en garantía de su oportuno y eficiente funcionamiento, como lo son los servicios de aseo y cafetería y los de vigilancia y seguridad privada.

Sea lo primero señalar, que en este caso también se afrontaron serias dificultades en el acceso a la información, por cuanto, el portal web de la entidad, si bien tiene habilitado el acceso a las convocatorias públicas, con sorpresa pudimos advertir que en los años 2015 y 2016, en los links establecidos para el cargue de documentos, aparecen adjuntos archivos que no corresponden a lo enunciado en la pestaña, al punto que no se logra acceder a la información para siquiera establecer a quien se le adjudicó el contrato; circunstancia que además de propiciar un alto nivel de desconfianza en el ejercicio de su actividad contractual, se convierte en un indicante lamentable de transgresión del principio de imparcialidad, máxime si tenemos en cuenta que en este tipo de contratación que requiere la entidad de forma permanente, el objeto contractual se viene contratando durante años con el mismo contratista.

Sumado a lo anterior, es importante así mismo señalar, que luego de que, en ejercicio del derecho fundamental de petición, se solicitara información completa de los procesos, esta fue la única entidad que aparte de brindar una contestación tardía, previa insistencia sobre la misma, su respuesta fue desordenada, incompleta, remitiendo archivos que para el estudio de adjudicación resultaron inútiles, no se adjuntaron los estudios previos, actas de cierre, ni resoluciones de adjudicación, documentos determinantes para la etapa de selección de los contratistas; sin embargo, con toda esta dificultad, se pudo construir la tabla en cita, con resultados básicos, que ponen un manto de duda e incertidumbre en la actividad contractual de la entidad.

De la tabla informativa de los procesos estudiados, se advierte sin mayor esfuerzo, un importante resultado en virtud al servicio de aseo y cafetería contratado por la entidad cada año, para su debido funcionamiento, consistente en que durante tres (3) años de los cuatro (4) bajo estudio, este proceso se adelantó con la participación de un solo oferente, el mismo -LIMPIEZA

TOTAL LTDA, luego LIMPIEZA TOTAL S.A.S- que a su vez resulto ser adjudicatario de este cuantioso contrato, durante los años 2014, 2016 y 2017; quedando la incertidumbre de quien fue el contratista en la vigencia 2015, por cuanto, la información sobre este proceso, en la web de la entidad para este periodo, está tergiversada con el cargue de archivos que no corresponden, es decir, está oculta al público; práctica inadmisible que también fue aplicada para la vigencia 2016, con la diferencia de que en la contestación del derecho de petición se pudo advertir que también le fue contratado del servicio de aseo y cafetería, al contratista en mención.

En igual sentido se observa para el objeto contractual de vigilancia y seguridad privada de las instalaciones, donde fue imposible el acceso a los años 2015 y 2016 para determinar quién fue el contratista elegido en estas vigencias, sin embargo en los años 2014 y 2016 se puede observar cómo repite el contratista LAOS SEGURIDAD LTDA. Lo descrito denota una inminente burla del principio de publicidad por parte de la ESE Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo, que obligatoriamente lastima la manifestación positiva que debiera revestir el principio de imparcialidad, en la ejecución de estos procesos.

No obstante lo expuesto, se tiene la responsabilidad de afirmar una vez más, que el hecho de que se presente un solo oferente, no constituye un fundamento suficiente para señalar el desconocimiento del principio de imparcialidad, no obstante ello, que a este hecho se le suma, que el mismo contratista, sea el adjudicatario de este cuantioso contrato durante tres años, prácticamente seguidos y el ocultamiento de la información sobre su escogencia, si constituye un escenario indicante de que los requisitos exigidos en el proceso están orientados a limitar la libre concurrencia en el mismo, o que el proceso guarda condiciones, formas de ejecución que convienen directamente al contratista que creemos finalmente, durante todo el cuatrienio ejecutivo

esta necesidad contractual; por lo que resulta sensato advertir que estas dinámicas a la postre resultan contrarias al sublime propósito que guarda el principio de imparcialidad como guardador de la moral pública y la eficiente inversión de los recursos, en la medida en que no se logran forjar un espacio en donde la competencia ofrezca un proceso de negociación libre, del que resulte la oferta más favorable a los intereses de la entidad y haya una real protección del interés general, todo ello, a partir del verdadero cumplimiento de los principios que suscitan la contratación con recursos públicos, sin importar el régimen al que este adscrito legalmente la entidad.

3.2.5. El caso de la ESE de la Plata

En cuanto a la ESE San Antonio de Padua de La Plata Huila, se advierte que fue imposible acceder a un muestra completa de los procesos de selección con sus documentos precontractuales, toda vez, que en la página web de la entidad, aparece publicada la información a partir del año 2018, y las peticiones elevadas donde se solicitó información puntual y completa de los procesos no fueron resueltas por esta entidad, no obstante ello, se ha de señalar que esto constituye un dato de investigación que se califica a todas luces como negativo frente a la publicidad que deben tener los procesos, y de forma consecuente con la operatividad, manifestación del principio de imparcialidad.

CONCLUSIONES

1. El principio de imparcialidad como principio de la función administrativa constituye un instrumento de orden constitucional, cuya aplicación resulta determinante y poderosa para el amparo certero de la actividad contractual, de manera especial frente a los regímenes

exceptuados del sistema de contratación pública, de ahí que este estudio desarrollado en el marco de su aplicabilidad, arroje resultados significativos, en cuanto, a si la gestión contractual bajo el régimen privado, se erige como una herramienta útil para el cumplimiento de los fines del Estado, asegurar el interés general y la adecuada inversión de los recursos.

2. Al estudiar las bondades de este principio como protagonista, de cara a la actividad contractual de las ESEs departamentales del Huila, se pueden establecer destacados resultados, que indudablemente, ponen en evidencia su lamentable desconocimiento y baja aplicabilidad, como quiera que, si bien las ESEs en algunos eventos han realizado esfuerzos en realizar un ejercicio contractual más transparente y participativo, los resultados demuestran que estos esfuerzos son realmente minúsculos, vistos de cara al reto y responsabilidad que estas entidades tienen a diario de contratar la adquisición de insumos médicos, servicios y obras bajo criterios de imparcialidad, sin sacrificar la eficiencia, oportunidad y eficacia, pero ante todo, en estricto apego a la calidad y urgencia que reviste la prestación de un servicio público fundamental como lo es la salud.
3. De las manifestaciones negativas de la abierta inaplicabilidad del principio de imparcialidad, es posible concluir la ESE de Garzón, en su manual de forma expresa, reduce su contratación a formas de selección directa y con invitaciones de carácter privado a un número mínimo de proponentes, al punto que la convocatoria pública con sus rigores, oportunidad de competencia, y mayor exigencia, para la escogencia de una oferta que se ajuste a las necesidades de la entidad, resulta inútil, siendo un simple escrito en su manual sin aplicación alguna.

4. En lo que respecta al análisis desarrollado a los procesos de la ESE de Pitalito, se pudo advertir que en uno de ellos el principio de selección objetiva, transparencia y libre concurrencia, íntimamente relacionados con el principio de imparcialidad, son directamente transgredidos, en la medida en que se acude a la exigencia de criterios desproporcionados, que no se ajustan de forma razonada al proceso, y que denotan falta de objetividad en garantía de los derechos de todos los partícipes del proceso.
5. Por su parte la ESE de Neiva revela un decepcionante ejemplo en materia de publicidad de su contratación, específicamente en la página web de la entidad, con el cargue de archivos que no corresponden a los procesos anunciados, esto por supuesto no permite el acceso a la información que pueda permitir conocer su ejercicio contractual, acto al que se le suma el hecho de que por más de tres vigencias un objeto contractual que le es común a la entidad para funcionar, sea adjudicado siempre al mismo contratista sin que exista pluralidad de oferentes.
6. Se suma a las manifestaciones negativas y baja operatividad del principio de imparcialidad en la contratación de todas las ESEs estudiadas, el hecho de que no exista un criterio o estrategia que permita prever o advertir, en virtud de la selección simplificada, de dónde y cómo se escogen los oferentes que se invitan a participar al proceso, que normalmente son mínimo 3, inquietud que se hace aún mayor si se recuerda que como observamos, esta modalidad de selección por excelencia recoge un porcentaje importante de la contratación, gracias al margen de la cuantía que para el efecto han dispuesto las entidades, siendo su rango entre 100 SMMLV y 1.500 SMMLV.
7. El desarrollo jurisprudencial claramente ha establecido la conjunción natural entre los principios de la función administrativa en la actividad contractual de las entidades

públicas, sin perjuicio del régimen jurídico que las gobierna, destacando una relación interdependiente entre el principio de publicidad con el de imparcialidad, sin embargo, a partir del análisis desarrollado en este estudio, se concluye que las ESE analizadas, excusadas tal vez en la laxitud del régimen privado, no han asumido con compromiso ni rigurosidad la obligación de hacer públicos sus actos, pues en cuanto a la divulgación de sus procesos se limitan a cargar información incompleta, incorrecta y que no corresponde a los documentos que se anuncian, además por medios precarios como la cartelera física y otros por medios privados como los correos electrónicos, lo que sin dudas se convierte en una piedra en el zapato para la garantía del principio de imparcialidad.

8. El estudio jurisprudencial realizado al principio de imparcialidad, permite concluir de forma razonada y justificada, cómo a este principio se le adhiere naturalmente, el cumplimiento de otros principios como lo es el de selección objetiva, transparencia, que se deben al régimen público contractual, así mismo, los de igualdad y publicidad propios de la función administrativa y el principio de buena fe de connotación universal invocado como un principio de aplicación por excelencia en todas las relaciones y negocios que se surtan en la sociedad.
9. Los Manuales de Contratación de estas entidades exceptuadas del régimen público de la contratación obligatoriamente, deben ser claros, precisos, completos y con un alto grado de conocimiento y acatamiento de los principios de la función administrativa, que de su simple lectura se advierta que están orientados en garantizar la selección objetiva de los contratistas, con etapas que prevén el ejercicio de defensa y debido proceso, que permita la adopción de reglas y decisiones imparciales, que guarden la igualdad de trato de los interesados para concurrir a los procesos de selección.

10. Resulta imperioso concluir que actualmente el Estado afronta una realidad que exige su atención y cuidado en la medida en que se observa que al entregar a las prácticas del derecho privado la consecución de sus más sentidos fines, reduciendo notoriamente el protagonismo que se cree debiera tener el Derecho Administrativo como garante de un servicio público tan importante como lo es la salud, constituye una acción que a su vez le resta la importancia y el liderazgo de debiera tener el régimen público especialmente frente a una actividad tan trascendental como lo es la actividad contractual, en donde su función se ve reducida bajo la excluyente invocación de los principios de la función administrativa, considerándose así, que ante este evento, estamos ante la estructuración del fenómeno de la huida del derecho administrativo.
11. Aunque el propósito del Estado, de permitir la adopción por parte de algunas entidades públicas del régimen de derecho privado para el ejercicio de su actividad contractual, guarda una loable intención frente a la prestación debida de determinados servicios a la ciudadanía, se comprende desde el estudio del denominado fenómeno de la huida del derecho administrativo, que este pareciera cumplirse en el caso de las ESEs en estudio, toda vez que, sus procesos de contratación son mucho más flexibles, dinámicos, y rápidos de lo que podrían ser en el régimen público y más aún con relación a las características del servicio que prestan; de acuerdo al análisis desarrollado es preciso concluir que la incidencia que este fenómeno tiene sobre la aplicabilidad de imparcialidad es muy alta, pues la autonomía revestida por la aplicación del derecho privado cobra un precio alto frente a la garantía de una actividad contractual imparcial. En este sentido, es evidente que la simple determinación de obligatoriedad estipulada en la ley frente al cumplimiento de los principios de la función administrativa no es más que un amague de control y un tímido

recordatorio, de que aun regidas por el derecho privado, estas entidades siguen siendo públicas, pero no constituye en sí una garantía para el cumplimiento de los fines del Estado, como la prevalencia del bien común y la transparencia en todas sus actuaciones.

12. Finalmente resulta necesario concluir así mismo, que la simple nominación de estos principios, nos llevan de forma inmediata a razonar frente a los esfuerzos que viene haciendo el Estado desde su producción normativa, como su quehacer administrativo, frente al rechazo y mitigación de los denominados actos de corrupción, esfuerzos que se deben orientar de forma contundente al ejercicio de la actividad contractual de estas entidades que se comprende deben cumplir con la gestión contractual bajo el régimen privado de manera responsable y recta, en donde el funcionario este consciente y convencido de la loable labor que ejecuta para el cumplimiento de los fines del Estado, la debida prestación con oportunidad y calidad de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de la ciudadanía.

RECOMENDACIONES

A partir de los resultados obtenidos, su análisis y las posteriores conclusiones, es posible hacer las siguientes recomendaciones:

1. Es necesario realizar un estudio cuidadoso y detallado de las actuales dinámicas y practicas utilizadas por las entidades no sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y se cree un instrumento jurídico que desde la observancia de los principios constitucionales que rigen esta actividad contractual, establezca unos criterios, directrices mínimas, que obligue a estas entidades no solo a la debida estructuración de sus manuales de contratación, sino que a su vez, se señale a los responsables de la ejecución de estos recursos públicos, su deber de rectitud, probidad y su definido compromiso en garantizar la idoneidad del contratista, en todas sus formas de contratación, la favorabilidad de la oferta que se ajuste a los intereses de la entidad, y que lleve a la real y efectiva prestación del servicio público de salud en términos de calidad y oportunidad.
2. Que se estructuren políticas, claras y precisas que lleve a una mejora continua del ejercicio de la gestión contractual, por las ESEs, con la implementación de sistemas de control y vigilancia de la contratación tanto a nivel interno de la entidad, como externo; realizando este ejercicio desde dos aristas: 1. De cara al cumplimiento de lo estipulado en sus manuales de contratación, y 2. A partir del control de la información y su publicación correcta y completa en los medios que fije la ley.
3. Se debe exigir a las entidades, que el personal responsable de las actividades de la gestión contractual tenga la idoneidad y conocimientos necesarios para la ejecución de la misma,

y se implemente desde el orden nacional, un sistema de capacitación y/o concientización, de su actividad contractual, a partir de la revisión de la forma como se están adelantando los procesos de contratación, para que se impongan correctivos oportunos y se puedan detectar de ser el caso formas de corrupción.

4. Se recomienda a las ESEs que en aplicación de la autonomía que le es reconocida por su régimen especial, sea expresada una voluntad superior frente a la garantía de una actividad contractual imparcial, como por el ejemplo, con la determinación en sus manuales y aplicación en los procesos de estrategias que promuevan una cultura de control social basado en la participación, en donde las veedurías ciudadanas o cualquier ciudadano puedan ser reales y activos actores en la vigilancia de la inversión de los recursos públicos, todo ello dirigido por las áreas responsables de la actividad contractual, generando así un ambiente de confianza, integridad y pulcritud ante la sociedad, indicante de que la entidad está comprometida, moral y jurídicamente desde las bondades que le confiere el régimen privado, con la eficiente y continua prestación del servicio público de salud como derecho fundamental, y que ello, de ninguna manera constituye un excusa o justificación para sacrificar la aplicación cuidadosa y diligente de los principios guardadores de la actividad contractual.
5. De manera transversal a las anteriores recomendaciones dadas a las ESEs para el fortalecimiento del principio de imparcialidad – y demás principios de la función administrativa - en sus procesos de contratación, se recomienda a estas entidades, en virtud de la autonomía reconocida en su régimen contractual, promover la integración de herramientas y estrategias tecnológicas que aporten a la garantía de una actividad contractual íntegra, no solo en lo relacionado a los medios virtuales de publicación y

plataformas de colaboración e interacción como el SECOP, sino también al uso de sistemas de evaluación de propuestas, análisis de datos y big data, inteligencia artificial (IA), blockchain y automatización de flujos de trabajo, con el fin de apoyar la toma de decisiones informadas, en tiempo real y con un menor riesgo de imparcialidad y una mayor garantía de eficiencia, eficacia y transparencia.

6. Se recomienda al legislativo aunar esfuerzos para la defensa de los recursos públicos comprometidos en la actividad contractual de las ESEs - y demás entidades públicas regidas en excepción por el derecho privado -, toda vez que la declaratoria de obligatoriedad estipulada en la ley frente al cumplimiento de los principios de la función administrativa, no ha mostrado ser suficiente para revestir de imparcialidad la actividad contractual en estas entidades, por lo que se hace necesario que se promueva una legislación que dote de herramientas e instrumentos a las instituciones encargadas de la vigilancia de los recursos públicos y de la prestación de servicios del Estado, sin desproveer a estas entidades de las bondades propias que el derecho privado les concede frente a la flexibilidad, eficacia y oportunidad en sus procesos contractuales, bondades que además son demandadas en razón a las características propias del servicio que prestan.
7. La academia juega un papel fundamental en la sociedad y le corresponde, desde su obligación misional, colaborar con los gobiernos y la sociedad en la formulación de estrategias que fortalezcan la gestión de la administración pública y el control de los recursos destinados a la prestación de servicios por parte del Estado, por lo que se recomienda a la Universidad Sur colombiana y específicamente al programa de Maestría en Derecho Administrativo y Constitucional, promover en articulación y de manera interdisciplinaria con otros programas y otras instituciones de educación superior, la

creación de conciencia pública basada en la responsabilidad cívica frente al actuar del Estado, ya sea como funcionarios y/o como ciudadanos. También es fundamental que desde la academia se promueva el desarrollo de investigación aplicada a los problemas públicos, con el fin de promover, a través de la innovación pública, el diseño de estrategias y herramientas técnicas, metodológicas y/o tecnológicas para garantizar una actividad contractual imparcial y asegurar la prevalencia del bien común como fin último del Estado.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

- Álvarez Álvarez, M. Y. y Restrepo Mejía, L.M. (1998). Los principios generales del derecho en La contratación privada. *Estudio de Derecho*. Vol. LVIL 133: 190.
[file:///C:/Users/ANDRES/Downloads/ymunozlopez,+332463-Texto+del+art%C3%ADculo-145198-1-10-20180516_compressed%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ANDRES/Downloads/ymunozlopez,+332463-Texto+del+art%C3%ADculo-145198-1-10-20180516_compressed%20(2).pdf)
- Ballesteros Serpa, C. A. (2013), El régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado [Tesis de maestría], Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C., Colombia. <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/4765>
- Benavides, J. L. (2014). Contratos públicos estudios. Bogotá D.C : Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/57286d90-146a-4bea-958b-240f4cdf6d3f>
- Camacho, E. M. (2016). Manual de contratación de la administración pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Castro Cuenca, C.G., García López, L.F. y Martínez Vargas, J.R. (2010). La contratación estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional. Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- Castro Lozano, A. (2015). La discrecionalidad administrativa en la estructuración de los pliegos de condiciones en la licitación pública. Universidad del Rosario.

<https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/1336715d-b158-4d55-839d-a0658a73cccd/content>

Colombia Compra Eficiente, (202). Principio de Selección Objetiva. Concepto C- 814 de 2022.

<https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2022/12/1669944832697-C-814.pdf>

Escobar Martínez, L.M.. (2009). La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro.

international Law, (15), 181-214.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000200007&lng=en&tlng=es.](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000200007&lng=en&tlng=es)

Fernández Castaño. F. y López Velástegui, F. de A. (2017). La huida del derecho administrativo en la administración pública española. Derecho y cambio social, 47 (12), pp. 1 – 59.

https://www.derechoycambiosocial.com/revista047/LA_HUIDA_DEL_DERECHO_ADMINISTRATIVO.pdf

Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, (23), 179-195.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000200008&lng=en&tlng=es.](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000200008&lng=en&tlng=es)

Gáfarro Barrera, A. (1984). La teoría de la Imprevisión en el derecho colombiano. *Revista de*

Derecho Civil, 1 (1), pp. 93-135.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662020000200009

- Hernández Velasco, H.E. (2013). Los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico Colombiano: criterios para la configuración del abuso del derecho. *Revista UIS Humanidades*. Vol. 41 Núm. 2.
<https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/4935/5076>
- Lozada Pimiento, N. E. (2006). En torno al régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado. *Derecho del Estado*, Núm. 18, pp. 153 -169.
<https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/747>
- Marinoni, L. G. (2016). *A Ética Dos Precedentes*, 2a. Ed. Dos Tribunais.
- Martínez Cárdenas, B., y Tapias Rocha, H. (2016). La transformación del derecho privado en Colombia. *Revista de Derecho*, (45), 32-58.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972016000100003&lng=en&tlng=es.
- Martínez y Leal, (2011). Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 223-268 (2011),
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13739>.
- Mejía, A. M. (2021). *Tratado de la contratación pública*. Bogotá D.C. ISBN tomo I: 978-958-5134-25-6 ISBN tomo II: 978-958-5134-28-7.
- Nevado-Batalla Moreno, P. y Bravo Vesga, C. (2010). El desarrollo de actividades empresariales por la Administración: La instrumentalización de las formas del derecho privado. *Breves*

notas sobre la “huida del derecho administrativo” y las sociedades públicas en el sistema colombiano y español. *Iustitia*, 8 (7), pp. 217 – 252.
<https://www.researchgate.net/publication/317257779> El desarrollo de actividades empresariales por la Administración La instrumentalización de las formas del derecho privado Breves notas sobre la huida del derecho administrativo y las sociedades públicas

Organización Mundial de la Salud – OMS, (1946). Preámbulo del Acta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud. <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>

Palacios Oviedo, M. (2016), Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (tesis de maestría), Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.
<https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/12456>

Pereira Fredes, E. (2022). Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?. *Derecho PUCP*, (89), 291-323.
<https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202202.010>

Pérez Vives, Álvaro. (1980). El principio de consensualidad en los negocios jurídicos mercantiles. Artículo publicado en Comentarios al Código de Comercio. Vol I. Medellín.
<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/333609>

Portela, J. G. (2010). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 18.
<https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1542>

Posada Torres, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de derecho Privado*. 29 (dic. 2015), 141–182. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07>.

Procuraduría General de la Nación, la Auditoría General de la República y la Contraloría General de Santander (2011), Circular Conjunta 034, Anexo único. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=42991>

Real Academia de la Lengua Española, (2023). Diccionario de Consulta General. <https://dle.rae.es/>

Ruiz, R. R. (2016). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 10(20). https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860

Sarmiento Bejarano, R. y Flórez Aristizabal, E. (2002). Principios rectores de los contratos civiles y mercantiles. Universidad de la Sabana, Bogotá D.C., Colombia. <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5377>

Serrano Salomón, D. E. (2015). La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público* (No 34), pp. 1 – 30. https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub516.pdf

- Soto Coaguila, C. A., (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*, (106),519-562.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510616>
- Soto Coaguila, C.A. (2012). El "pacta sunt servanda" y la revisión del contrato. *Revista de derecho privado*, (1), pp. 197-235. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-de-derecho-privado-mexico-d-f/articulo/el-pacta-sunt-servanda-y-la-revision-del-contrato>
- Torres Acosta, L.A. (2016). El principio de legalidad: una necesaria restricción a la aplicación de la doctrina de los actos propios en la contratación estatal. *Revista Digital de derecho Administrativo*. 15 (jun. 2016), 267–272. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n15.12>.
- Valencia Restrepo, H. (1983). Teoría General de la compraventa. editorial Temis, Bogotá.
<https://libreriatemis.com/product/teoria-general-de-la-compraventa/#>
- Velandia Canosa, E. A. (2019). Derecho procesal constitucional. Bogotá D.C: VC Editores, Universidad la Gran Colombia, Asociación Colombiana de Derecho procesal Constitucional.
<https://biblioteca.ugc.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=179041>
- Villar Rojas, F. J. (1994). La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud. *Derecho y Salud*, 2 (10), pp. 97 – 108. <https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Vol0201-10.pdf>

Wong Baldiris, Y. (2011). Naturaleza jurídica de los contratos en las Empresas Sociales del Estado. IUSTA, 1 (34), pp. 201 – 220.
<https://www.redalyc.org/pdf/5603/560358693010.pdf>

Referencias Jurisprudenciales

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección, 3 de diciembre de 2007.
M.P Ruth Stella Correa Palacio Tercera, Sentencia 41447 de 2007, Radicado: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715). (Colombia).
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=28910>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007, M.P Ruth Stella Correa Palacio.Sentencia No. 31447, Radicado: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); (Colombia).
<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=28910>

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 1 de octubre de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón. Sentencia No. 34778, 250002326000200500214 (Colombia).
https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_34778_de_2014.aspx

Consejo de Estado [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 16 de febrero de 2001. M.P Alier Eduardo Hernandez Enriquez. Sentencia No. AP 170 (Colombia).

<https://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, 10 de abril de 2019. M.P Patricia Salazar Cuellar. Sentencia No. AP 1356, Radicación N°. 55048 (Colombia).

[https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2019/SP834-2019\(50967\).PDF](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2019/SP834-2019(50967).PDF)

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, 11 de diciembre de 2018. M.P Luis Antonio Hernandez Barbosa. Sentencia No.AP 5421, Radicación N° 51845. (Colombia).

<https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tag/dr-luis-antonio-hernandez-barbosa/>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, 12 de abril de 2019. M.P Álvaro Fernando García Restrepo. Sentencia No. AC 1357, Radicación n° 05001-31-03-013-2008-00228-01 (Colombia).

<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/02/SC042-2022-2008-00283-01-1.pdf>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, 26 de junio de 2019. M.P Luis Antonio Hernandez Barbosa. Sentencia No. SP 2294, Radicación N.° 47475. (Colombia)

<https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-842152080>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación, 8 de mayo de 2019. M.P José Francisco Acuña Vizcaya. Sentencia No. AP 1698, Radicación No. 55050 (Colombia).

[https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/46389\(29-04-20\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/46389(29-04-20).pdf)

Corte Constitucional [CC], 29 de octubre de 2009. MP.: Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C-762/09. (Colombia). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20039347>

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa ,7 de abril de 2022. M.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Expediente : 23001-23-33-000-2013-00345-02 (2012-2021). (Colombia).

https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/256/14_230012333000201300345021SENTENCIA20220518125713_T133020462451355428.pdf

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 31 de enero de 2018. M.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. No.: 050012333000201400058 02.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86383>

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 3 de Diciembre de 2007. MP.: R.S. Correa Palacio. Sentencia n° 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715). (Colombia).

<https://vlex.com.co/vid/52518266>

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 29 de Agosto de 2007. MP.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia n° 850012331000030901 (15324). (Colombia).

<https://vlex.com.co/vid/518184103>

Consejo de Estado, [CE], Sala de lo Contencioso Administrativo, 29 de julio de 2022. M.P.: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia 2500023260001995017. (Colombia).

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=123750&dt=S>

Corte Constitucional [CC], 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Sentencia T 406 de 1992.
(Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

Corte Constitucional [CC], 4 de septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-429/97. (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-429-97.htm>

Corte Constitucional [CC], 25 de octubre de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia
SU 1122 de 2001. (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1122-01.htm>

Corte Constitucional [CC], 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia
C - 1287 de 2001, Expediente D-3549 (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>

Corte Constitucional [CC], 5 de septiembre de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia
C-949/01. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>

Corte Constitucional [CC], 11 de abril de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés
Vargas Hernández. Sentencia C - 251 de 2002, Expedientes D-3720 y D-3722 (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-251-02.htm>

Corte Constitucional [CC], 22 de octubre de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia
C-887/02. (Colombia). <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20043077>

Corte Constitucional [CC], 3 de julio de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-508/02.
(Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm>

Corte Constitucional [CC], 11 de febrero de 2003, M.P Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C - 095 de
2003, Expediente D-4172 (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-095-03.htm>

Corte Constitucional [CC], 22 de septiembre de 2006. M.P Jaime Araújo Rentería. Sentencia T
800 de 2006. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-800-06.htm>

Corte Constitucional [CC], 29 de noviembre de 2006. M.P.: Jaime Araujo Rentería. Sentencia C-
993/06. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>

Corte Constitucional [CC], 5 de diciembre de 2006. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.
Sentencia T-1034/06. (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1034-06.htm>

Corte Constitucional [CC], 15 de julio de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C
713 de 2008, Expediente P.E. 030 (Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

Corte Constitucional [CC], 21 de febrero de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo, Sentencia T-
176/08. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-176-08.htm>

Corte Constitucional [CC], 9 de julio de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C-
692/08. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-692-08.htm>

Corte Constitucional [CC], 29 de octubre de 2009, M.P Juan Carlos Henao Perez. Sentencia C - 762 de 2009, expediente D - 7607 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-762-09.htm>

Corte Constitucional [CC], 29 de octubre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia C- 762/09. (Colombia). [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-762-](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-762-09.htm)

[09.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-762-09.htm)

Corte Suprema de Justicia [CSJ], 4 de febrero de 2009, M.P: Julio Enrique Socha Salamanca.

Sentencia N° 29415/09. (Colombia). [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PROHIBIDAS%20LAS%20DE%20OFICIO/29415\(04-02-](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PROHIBIDAS%20LAS%20DE%20OFICIO/29415(04-02-09).doc#:~:text=%E2%80%9CEl%20juez%20no%20debe%20tener,verdadera%20y%20cu%C3%A1l%20es%20falsa.)

[09\).doc#:~:text=%E2%80%9CEl%20juez%20no%20debe%20tener,verdadera%20y%20cu%C3%A1l%20es%20falsa.](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRUEBA/PROHIBIDAS%20LAS%20DE%20OFICIO/29415(04-02-09).doc#:~:text=%E2%80%9CEl%20juez%20no%20debe%20tener,verdadera%20y%20cu%C3%A1l%20es%20falsa.)

Corte Constitucional [CC], 9 de agosto de 2012, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C - 620 de 2012, Expediente D - 8955 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-620-12.htm>

Corte Constitucional [CC], 12 de Septiembre de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo. Sentencia C-711/12. (Colombia). [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-711-12.htm)

[711-12.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-711-12.htm)

Corte Constitucional [CC], 16 de julio de 2015, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C -

450 de 2015, Expediente D-10539 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-450-15.htm>

Corte Constitucional [CC], 19 de agosto de 2015, M.P Maria Victoria Calle Correa. Sentencia C - 532 de 2015, Expediente D-10645 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-532-15.htm>

Corte Constitucional [CC], 14 de septiembre de 2016, M.P Maria Victoria Calle Correa. Sentencia C - 496 de 2016, Expediente D-11258 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-496-16.htm>

Corte Constitucional [CC], 08 de mayo de 2017. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez. Sentencia T - 305/17. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-305-17.htm>

Corte Constitucional [CC], 16 de mayo de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C - 042 de 2018, Expediente D-11862 (Colombia).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-042-18.htm>

Corte Constitucional [CC], 3 de junio de 2021, M.P.: Jaime Araujo Rentería. Sentencia SU174/21. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>

Corte Constitucional [CC], 16 de junio de 2022. M.P.: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Sentencia SU214/22. (Colombia). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU214-22.htm>

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 24. Feb. 2016, 85001233100020070011602(46185), M. N. Velásquez Rico, [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=85001-23-31-000-2007-00116-02\(46185\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=85001-23-31-000-2007-00116-02(46185))

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 27 Feb. 2013, 25000232600020000156101(25590), M. Fajardo Gómez, en [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-2000-01561-01\(25590\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=25000-23-26-000-2000-01561-01(25590)), consultado el 1/Abr./2019.

Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, 29 Abr. 2015, 63001233100020050191901(37607), H. Andrade Rincón, en [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=63001-23-31-000-2005-01916-01\(37607\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Document/?docid=63001-23-31-000-2005-01916-01(37607))

Referencias Legales

Código Civil [Cód. C.] (1887). (Colombia). <https://ugc.elogim.com:2424/visor/penalpro>

Código de Comercio [Cód. Com.] (1971). (Colombia). <http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. (2011). (Colombia). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Código Penal [Cód. P.]. (2000). (Colombia). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Constitución Política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia. <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>

Decreto 1876/94, 5 de agosto de 1994. Diario Oficial. [D.O.]: 41.480 (Colombia).

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=3356>

Ley 10/90, Enero 10 de 1990. Diario Oficial. [D.O.]: 39137. (Colombia).

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=3421>

Ley 100/93, 23 de Diciembre de 1993. Diario Oficial. [D.O.]: 41.148. (Colombia).

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5248#0>

Ley 1150/07, 16 de julio de 2007 . Diario Oficial. [D.O.]: 46.691. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Ley 1438/11, 19 de enero de 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 47.957. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html

Ley 1474/11, 12 de julio de 2011. Diario Oficial. [D.O.]: 48.128. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Ley 1882/18, 15 de enero de 2018 Diario Oficial. [D.O.]: 50.477. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

Ley 344/96, 31 de diciembre de 1996. Diario Oficial. [D.O.]: 42.951. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0344_1996.html

Ley 472/98, 6 de agosto de 1998. Diario Oficial [DO]: 43.357. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

Ley 489/98, 30 de diciembre de 1998. Diario Oficial. [D.O.]: 43.464. (Colombia).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Ley 6/45, 14 de marzo de 1945. Diario Oficial. [D.O.]: 25.790. (Colombia).

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0006_1945.htm

Ley 80/93, 28 de octubre de 1993 Diario Oficial. [D.O.]: 41.094. (Colombia).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 90/46, 7 de enero de 1947. Diario Oficial. [D.O.]: 26.322. (Colombia).

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0090_1946.htm

Resolución 5185/13, 4 de diciembre de 2013. Ministro de Salud y Protección Social. (Colombia).

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