

En torno al régimen de contratación de las empresas sociales del Estado

I. PREMISA

El artículo 49 de la Constitución Política de 1991 consagró la salud en una doble faceta. Por una parte, la salud se prevé como derecho constitucional y, por otra, la salud se entiende como servicio público a cargo del Estado, quien bien puede prestarlo directamente, a través de instituciones propias, o valiéndose de la colaboración de particulares, por él vigilados.

Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el Estado prestaba el servicio público de salud a través de hospitales públicos que, financiados por el erario público, se encargaban de atender a los pacientes de escasos recursos, que no tenían medios para acceder a la salud prestada por instituciones médicas privadas. No obstante, además de costoso, el sistema era ineficiente, sobre todo por razones de mala administración y burocracia.

Con la radical reforma que sufrió el sistema de seguridad social en salud con la Ley 100, los antiguos hospitales públicos se transformaron en empresas sociales del Estado (ESE), instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) de carácter público que ingresaron al mercado en igualdad de condiciones que otras IPS de carácter privado a fin de desplegar su objeto social,

cual es, como su propio nombre lo indica, la prestación directa por parte del Estado de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del sistema. La dinámica de las empresas sociales cambió por completo. Las empresas sociales se convirtieron en un agente más del mercado y debían subsistir como tales, por lo que tendrían que financiarse, no ya con dineros públicos, sino del producto de la venta de sus servicios según la demanda del mercado así lo exigiera.

La idea del legislador del 93 fue la de dotar a las entidades estatales a cuyo cargo estaba la prestación del servicio de salud de las herramientas adecuadas que les permitieran un desenvolvimiento caracterizado por la eficiencia y la celeridad en el tráfico jurídico, a semejanza del demostrado por las ya existentes empresas industriales y comerciales del Estado. Hubo de crearse, entonces, un régimen jurídico especial de funcionamiento que atendiera a estas nuevas necesidades.

Así, los artículos 194 y siguientes de la Ley 100 disponen que las Empresas Sociales del Estado ostentan la naturaleza jurídica de entidades públicas descentralizadas con personería jurídica independiente y que cuentan con autonomía administrativa y financiera. Asimismo, se dispone que su creación

tiene tres fuentes, según su categoría territorial: la ley, entratándose de empresas sociales de carácter nacional; la ordenanza de la Asamblea departamental, si se trata de empresas sociales departamentales; y el acuerdo del Concejo municipal, en caso de empresas sociales municipales. La propia Ley 100 ordenó, consiguientemente, la transformación inmediata de los hospitales públicos de carácter nacional en empresas sociales del Estado y dio un plazo prudencial de seis meses para que los hospitales públicos del orden territorial hicieran lo propio.

De la misma manera, se establecieron normas de funcionamiento de índole administrativa (nombre, objeto social, junta directiva, director y empleados), financiera (presupuesto, régimen de transferencias), fiscal (imposición como establecimientos públicos) y de contratación (regida, en principio por el derecho privado).

Nos llama especialmente la atención este último aspecto. En materia de contratación de las empresas sociales del Estado, después de la expedición de la Ley 100, ha sido en realidad, poco lo que se ha escrito por la doctrina. Y esto no se debe a que el tema carezca de interés teórico, ni mucho menos práctico, sino a que nos encontramos ante una materia que debe ser abordada desde una óptica multidisciplinaria que involucra los derechos privado, administrativo y de la seguridad social. Quizá por ello los juristas de ninguna de estas ramas se han dado a la labor de desentrañar el contenido de las normas jurídicas que refieren al tema, a la espera de que sus homólogos de las otras especialidades se hagan cargo del problema. Pues bien, el propósito de estas notas no es otro que el de poner de relieve algunas cuestiones, ciertamente controversiales, que suscita el tema y asumir ciertas posiciones que puedan servir de utilidad a quienes se enfrentan a

procesos de contratación con estas entidades estatales.

II. GENERALIDADES. LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO Y SU RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN

Para poder cumplir con su objeto social, es natural que las empresas sociales deban acudir a diversos mecanismos de contratación; por un lado, deben celebrar contratos con otras instituciones, receptoras o acreedoras de los servicios que presta la empresa social (aseguradoras del sistema como las entidades promotoras de salud (EPS) y administradoras del régimen subsidiado (ARS), así como entidades territoriales), y por el otro, las empresas sociales deben celebrar contratos con terceros ajenos a ellas, terceros que colaboran con su funcionamiento (trabajadores, proveedores, prestadores de servicios, etc.).

Ahora bien, por la importancia que reviste la salud en la sociedad contemporánea, la contratación que sobre ella recaiga debe ser rápida y ágil, dos características que, por regla general, no cumple la contratación con las entidades de derecho público regida por el estatuto general de la contratación pública (Ley 80 de 1993). Por ello, nuestro legislador (numeral 6 del art. 195 de la Ley 100 de 1993) establece que la empresa social, “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”¹.

Al respecto no sobra recordar, como lo hacen OROZCO y SIMANCAS, que las empresas sociales del Estado “tienen presupuesto propio, patrimonio propio y deben manejarse con criterios gerenciales [...] En

materia de contratación se regirán por el derecho privado, lo cual les dará más agilidad en los procedimientos administrativos. La idea es proveerlas de más autonomía administrativa y financiera para que puedan competir en el nuevo mercado de la seguridad social en salud y presten mejores servicios⁷². Igualmente, el Consejo de Estado ha sostenido que los contratos de las empresas sociales del Estado se rigen en casi todos sus aspectos por el derecho privado: “Por voluntad del legislador, ni los principios de contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas⁷³.”

No obstante lo anterior, la misma Corporación se ha encargado de precisar el alcance del régimen de derecho privado, fijándole límites precisos. La empresa social del Estado, como entidad estatal que es, no puede perder de vista los fines para los que ha sido creada y, en sus procesos de contratación, debe dar estricta observancia a los principios de prevalencia del interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, selección objetiva, imparcialidad y publicidad.

Para ello, es imperativo que toda empresa social expida un reglamento interno de contratación que se adecue al modelo constitucional propio de una entidad pública en ejercicio de la función administrativa. Este modelo es de libre redacción para cada empresa social y bien puede atenerse a los mandatos de la Ley 80. Empero, esto último, en la mayoría de los casos, a más de inconveniente puede resultar inútil, comoquiera que iría en contradicción del principio de celeridad que inspiró al legis-

lador al contemplar un régimen de contratación de derecho privado. En suma, el reglamento interno de contratación será, en principio, mucho más flexible que el estatuto general de la Ley 80, y será válido siempre que observe los principios generales de la contratación de la Administración Pública antes mencionados⁷⁴.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO CELEBRADO POR LAS ESE

En la definición de contrato estatal dada por el estatuto general de contratación estatal (art. 32), nuestro legislador acoge un criterio subjetivo: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposición especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”. Las ESE no aparecen expresamente dentro de la enumeración de entidades estatales que trae el artículo 2.º de la propia Ley 80—ya que fueron creadas con posterioridad, en el año 1994—, pero pueden catalogarse como un “organismo o dependencia del Estado a los que la Ley otorg[a] capacidad para contratar”.

Por su parte, ya hemos dicho que el artículo 195 de la Ley 100 establece que los contratos de las empresas sociales del Estado están sujetos al derecho privado (civil y comercial, según sea pertinente), pero que “discrecionalmente” tales entidades podrían hacer uso de las cláusulas excepcionales (“exorbitantes”) previstas en la Ley 80. Surge el interrogante de la naturaleza jurídica del contrato así celebrado: ¿es un contrato de derecho privado librado en su integridad a la autonomía privada de las partes o es, por el contrario, un contrato

de carácter estatal, pese a que las normas que lo rigen son de derecho privado?

La determinación del carácter estatal o privado del contrato celebrado por las ESE reviste especial interés pues, además de delimitar los lineamientos generales del comportamiento contractual de las ESE, permite establecer la jurisdicción competente para conocer de los litigios contractuales de estas entidades, como se verá más adelante (IV).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido la encargada de fijar el alcance de la norma en este punto. Además de algunas providencias de la sección tercera del Consejo de Estado, principalmente autos, existen dos pronunciamientos “hitos”, proferidos por la sala de consulta y servicio civil de la misma corporación, que han tratado directamente el tema de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado: uno primero, concepto de 20 de agosto de 1998, con ponencia del consejero JAVIER HENAO HADRÓN, y otro más reciente, concepto de 6 de abril de 2000, con ponencia del consejero FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE. Los dos fallos coinciden en señalar que el contrato celebrado por las ESE se rige, por regla general, por el derecho privado, lo que le daría, *prima facie*, el carácter de privado: “La legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato”⁵. “Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposiciones especiales”⁶. Sin embargo, en providencias posteriores de la sección tercera se ha afirmado que la calidad de entidad estatal de la ESE hace que los contratos por ella celebrados adquieran automáticamente la calidad de estatales. Se dijo en estas oportunidades: “No

obstante que los contratos de las empresas sociales del Estado se rigen por las normas del derecho privado, en tanto estas constituyen entidades estatales sus contratos tienen esa misma naturaleza”⁷. “Una interpretación sistemática de las disposiciones aludidas [el art. 195 de la Ley 100 y el art. 24 de la Ley 80], conduce a la Sala a determinar que los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con la finalidad estatal de la prestación del servicio público de salud, si bien en su forma y celebración se sujetan a las disposiciones del derecho privado, no por ello dejan de ser contratos de la administración pública, tanto así que está prevista la inclusión de las cláusulas exorbitantes, que sólo son propias de la contratación estatal”⁸.

De lo dicho hasta ahora se colige que el contrato celebrado por una ESE en el que no se incluyen cláusulas excepcionales, si bien es un contrato estatal por encuadrar en la definición dada por el artículo 32 de la Ley 80, es un contrato íntegramente regido por el derecho privado que se ve integrado por las normas constitucionales (art. 209 de la C. P.) y legales (CCA) que regulan los principios generales de la función pública y de la contratación estatal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios contratantes⁹. En cambio, el contrato en el que se incluyen cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilateral) es una suerte de híbrido que está regido simultáneamente por el derecho privado y el derecho administrativo. El derecho privado será la nota predominante que regirá todas las situaciones contractuales distintas de las cláusulas excepcionales. Sólo en lo tocante las cláusulas excepcionales, en específico, se podría acudir al estatuto general de contratación de la Administración Pú-

blica, dejándose todo lo demás librado a los códigos civil y de comercio¹⁰.

Empero, el problema no termina de resolverse allí. A pesar de la claridad sobre la naturaleza jurídica y la normatividad aplicable a la generalidad de contratos de las ESE, existe una norma que podría plantear una excepción en tratándose de los contratos cuyo objeto concreto sea la prestación del servicio de salud: se trata del literal l del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80, que previene que los contratos celebrados por las entidades estatales para la prestación de servicios salud son contratos estatales de modalidad directa. Se ha cuestionado si contratos con tal objeto (que, por lo demás sería el de casi todos los contratos celebrados por la ESE), deben atenerse a la Ley 80, y por ende, la ESE debe proceder a la contratación directa, o si, por el contrario, se regirán por el derecho privado. Pues bien, esta antinomia aparente entre el artículo 24 de la Ley 80 y el varias veces referido artículo 195 de la Ley 100 fue resuelta ya por la jurisprudencia: “Al estar regidas por el derecho privado en materia de contratación—salvo cuando celebran los contratos que define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993—, no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado lo dispuesto en el artículo 24 *ibídem*, numeral 1, letra L, respecto de contratos de prestación de servicios de salud”¹¹. La jurisprudencia opta por excluir la aplicación de la norma previa de la Ley 80 y acoge los mandatos de la norma posterior contenida en la Ley 100.

Por fin, surge un tercer interrogante atinente a la naturaleza jurídica de los contratos de la ESE, provocado por una cierta confusión que creó el Consejo de Estado en el concepto de 1998 respecto de los contratos de que trata el artículo 32 de la Ley

80 (de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública) y en los que una parte es una entidad de esta clase. Dicha Corporación era de la opinión de que, aunque la generalidad de los contratos de las ESE se encontraban regidos por el derecho privado, los contratos de que trata el artículo 32 eran contratos “particularmente regulados” por la ley contractual y, por ende, exceptuaban el régimen de derecho privado. Dijo en ese entonces la sala de consulta y servicio civil: “Cuando las Empresas Sociales del Estado necesiten celebrar contratos relacionados con la construcción de obras, consultorías, prestación de servicios para desarrollar actividades concernientes a la administración o funcionamiento de la entidad, concesión de obras o de servicios públicos, encargos fiduciarios y fiducia pública, deberán aplicar las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, por tratarse de contratos de derecho público que disponen de regulación especial”¹². Luego, en el concepto del 6 de abril de 2000, el Consejo de Estado dio un afortunado giro a su primera posición y rectificó el concepto de 1998: “Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado”¹³. Esta segunda postura es la más lógica y conveniente. Pretender que las ESE estén atadas al estatuto general de contratación en los casos que prevé el artículo 32 de la Ley 80 es restarle valor a la disposición general del artículo 195 que saca de este régimen a toda la contratación de estas entidades estatales, sin hacer distinción de ninguna clase¹⁴.

IV. LA JURISDICCIÓN APLICABLE A LOS LITIGIOS CONTRACTUALES DE LAS ESE

El asunto de la jurisdicción aplicable a los litigios contractuales de las ESE guarda íntima conexidad con el tema que se acaba de tratar. En efecto, si en materia contractual las ESE se rigen por el derecho privado, pero conservan su calidad de entidades estatales, vale la pena preguntarse si tal régimen va al punto de darle a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los conflictos que se susciten en la celebración o ejecución de los contratos de estas entidades estatales.

El artículo 16 del Decreto 1876 de 1994 zanja la discusión al disponer que las ESE, en punto de contratación, están sometidas a la jurisdicción ordinaria: “A partir de la fecha de creación de una empresa social del Estado, se aplicarán en materia de contratación las normas del derecho privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia...”.

El Consejo de Estado así lo ha entendido en su jurisprudencia mayoritaria, no sin antes hacer la salvedad cuando el litigio toca la utilización de las cláusulas excepcionales. En concepto de 1998 se lee: “Según la jurisprudencia de esta Corporación (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de septiembre de 1997, expediente S-701), los contratos que celebran las entidades estatales con sujeción al derecho privado, son de competencia de la justicia ordinaria, salvo que en ellos se pacten cláusulas excepcionales o exorbitantes, caso en el cual predomina el derecho público y la jurisdicción competente es la contencioso administrativa”¹⁵. Del mismo modo, en auto del año 2000, se dijo: “el conocimiento de las controversias que puedan surgir del desarrollo de los [contratos], corresponde por lo menos en lo que

al desarrollo de tales cláusulas se refiere, de manera exclusiva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”¹⁶. Sin embargo, en otra providencia posterior que consideramos aislada, la Sección tercera, luego de afirmar que los contratos de las ESE son contratos estatales, estimó, *lato sensu*, que “las controversias que de allí se derivan son de competencia de esta jurisdicción”¹⁷.

Creemos que la interpretación correcta es aquella expuesta por la Corporación en el año 1998 y reiterada en el 2000. Primero, porque tal interpretación no va en contravía del artículo 16 del Decreto 1876 de 1994, respetándolo en lo esencial. Y segundo, porque de acuerdo con el artículo 1.º del CCA, la jurisdicción administrativa se aplica a los organismos del Estado en tanto estos actúan como tales, cumpliendo funciones administrativas, lo que no es el caso de las ESE cuando contratan por derecho privado, pero que sí lo es cuando en un contrato de esa naturaleza la ESE se vale de las cláusulas excepcionales.

En conclusión, pese a ser entidades de derecho público que por regla general están sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa, por mandato expreso de la ley, las ESE, en punto de contratación, están sometidas a la jurisdicción ordinaria, a menos que al contratar se comporten como entidades estatales, caso en el cual la jurisdicción competente será la contencioso administrativa. Por esta razón, otras materias atinentes a las ESE, distintas de la contratación, se dejan a salvo de la jurisdicción ordinaria. O sea, en otros ámbitos de la actividad de la ESE, ámbitos en la que ésta actúa íntegramente como un ente estatal (vgr. Responsabilidad por negligencia médica de la ESE como IPS de carácter público), la jurisdicción competente es la jurisdicción contencioso administrativa.

V. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS ESE Y, EN ESPECIAL, LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Arriba quedó demostrado que el régimen jurídico-sustancial de los contratos de las ESE tiene incidencias procesales. Cuando la ESE contrata, se asimila a un particular y los litigios de allí derivados se entienden como litigios de particulares que deben ser ventilados ante la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que puedan resolverse a través de los Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), como lo son el arbitramento, la amigable composición, y la conciliación judicial y extrajudicial.

El efecto de “cosa juzgada” propio de los MASC permite concluir que tales mecanismos son actos de índole jurisdiccional; y decimos jurisdiccional, pues el litigio tiene una resolución definitiva, de la misma manera en que hubiera sido “juzgado” por un juez¹⁸. Pues bien, como actos de jurisdicción ordinaria que son, quedan sujetos a la normatividad propia de los MASC sobre asuntos de carácter civil y comercial.

Veamos, en particular, los eventos de conciliación extrajudicial de las ESE. Sea lo primero señalar que, conforme lo dispone el artículo 2.º del Decreto 1818 de 1998, “serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”. Por lo anterior, es posible concluir que los conflictos de naturaleza contractual que se susciten entre las ESE y terceros son susceptibles de transacción y desistimiento. No obstante, en consideración a las características jurídicas de la ESE, no podría conciliarse sobre, por ejemplo: i) derechos ciertos e indiscutibles, así como mínimos e irrenunciables; ii) derechos ajenos, salvo que se cuente con facultades de representación; iii) derechos inexistentes;

iv) delitos o hechos prohibidos por el ordenamiento; iv) asuntos tributarios; y v) aquellas materias que comprometan el orden público (vgr. nulidades contractuales por objeto ilícito).

Las conciliaciones extrajudiciales que celebren las ESE se rigen por la normatividad de las conciliaciones de derecho privado. En litigios atinentes a la contratación de las ESE, nos encontraríamos en el escenario de una conciliación extrajudicial en materia civil, regulada en general por el Decreto 1818 de 1998 y por la Ley 640 de 2001 y, en particular, por los artículos 19 y siguientes de la mencionada Ley 640 (conciliación extrajudicial en derecho), y más específicamente por el artículo 27 de la misma Ley (conciliación extrajudicial en materia civil). No serían aplicables, en consecuencia, los artículos 70 y siguientes de la Ley 446 de 1998 sobre conciliación en materia contencioso administrativa.

Igualmente, en los casos contemplados por los artículos 35 a 38 de la Ley 640, sería del caso dar aplicación a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil. Esto quiere decir que, en ciertos asuntos contractuales propios de las ESE, antes de interponer la demanda ante el juez civil, sería obligatorio agotar la audiencia de conciliación extrajudicial¹⁹, so pena de rechazo de plano del libelo (art. 36).

VI. FORMAS ASOCIATIVAS DE LAS ESE

En muchas ocasiones, la ESE, como cualquier empresa, se ve imposibilitada para prestar por sí sola determinados servicios que exceden sus capacidades. Pero el mercado demanda el servicio, y ello la obliga a aunar esfuerzos con otras empresas (públicas o privadas) para satisfacer la necesi-

dad del mercado. Acudir a determinadas formas de asociación empresarial es, pues, imperioso para una ESE que quiere sobrevivir en un entorno cada vez más competitivo y exigente. Pero, ¿cómo se realizan y qué reglamenta dichas formas asociativas? Esa es la cuestión que se intentará resolver a continuación.

Cualquier forma asociativa entre empresas tiene como sustrato una alianza estratégica. Por esa razón, comenzaremos este tema dando una mirada más profunda al concepto de alianza estratégica en el ámbito empresarial. En sentido amplio, las alianzas estratégicas pueden definirse como “acuerdos de cooperación entre dos o más organizaciones en las cuales cada parte busca agregar a sus competencias los factores objeto de la cooperación, con una visión de largo plazo”²⁰. Así, la unión de esfuerzos económicos o humanos de dos empresas, con un fin común a largo plazo, constituye una alianza estratégica.

La alianza estratégica, como un género, puede manifestarse de diversas maneras, según la orientación y los fines de sí misma. Observemos la siguiente clasificación:

«Alianza Estratégica [en estricto sentido]. Pacto formal en que los aliados pueden llegar a compartir, activos, experiencias, conocimiento.

«La Alianza vacía. La tercerización *outsourcing* [Se llama vacía a la alianza existente por *outsourcing*, porque la empresa contratante se desentiende de la prestación de un servicio, para que este sea asumido por la empresa contratista (p. ej. los servicios de aseo de un edificio). La empresa contratista, a cambio del precio pactado contractualmente, tiene autonomía en la forma de prestación del servicio e independencia frente a la contratante]

[...]

«Alianza Estratégica temporal o Consorcio. Unión de varias instituciones individuales para lograr un objetivo específico. Por ejemplo, una licitación”²¹.

Existe otra clase de alianza estratégica, de frecuente uso en nuestros días: el *joint venture*, cuyo concepto recogemos del profesor PALACIO HINCAPIÉ: “Es una figura mediante la cual dos o más personas se unen para realizar una determinada empresa a riesgo compartido, aportando experiencia, bienes o conocimientos, para obtener un beneficio común [...] Esa asociación es para una empresa determinada y no más, sin que entre ellos se conforme una sociedad [...] Como es obvio, no se forma una persona jurídica, de donde el *joint venture* no es sujeto de derechos y obligaciones y por lo tanto ninguno de los que lo conforman es su representante legal”²².

Los fenómenos empresariales que involucra la alianza estratégica siempre deberán ser encaminados a nivel jurídico a través de determinados mecanismos contractuales. Así, una alianza estratégica de cualquiera de las clases que se acaban de mencionar se rige por convenciones entre las empresas participantes, según sea el caso. La conjugación entre el fenómeno asociativo empresarial de la alianza estratégica y el manto regulatorio jurídico-contractual que lo recubre es lo que constituye, en un todo, la forma de asociación.

Descendiendo al tema específico de las formas asociativas de las ESE, se observa que la Ley 10.^a de 1990²³, en forma armónica con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 24 que, a efectos de cumplir con su objeto, las ESE pueden contratar con particulares o asociarse con ellos, sin que a estas asociaciones les sea exigible requisito distinto al de la contratación entre particulares.

En consecuencia, los convenios mediante los cuales una ESE y un particular suman esfuerzos para la prestación de un servicio de salud a cargo de la primera se rigen por el derecho privado y, toda vez que carecen de disciplina jurídica propia, son contratos atípicos. En esta misma línea, el Consejo de Estado, en jurisprudencia relevante, calificó como atípico un contrato asociativo para la prestación de servicios celebrado entre un hospital público y un particular. Sostuvo tal Corporación: “Debe recordarse que el denominado “convenio de asociación”, al cual se refiere la consulta [...] cuyo objeto es la prestación de servicios de salud, el que implica varios actos –pluralidad de actos– en un tiempo determinado, constituye un contrato atípico, en el cual las partes han determinado las condiciones a las que se sujeta, con el fin de darle especialidad, y al cual se aplica el artículo 864 del Código de Comercio, según el cual ‘el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...’”²⁴. Más adelante, la misma jurisprudencia precisa: “Comoquiera que las condiciones esenciales específicas de un contrato atípico de asociación no están consagradas en la ley, es imperioso atenerse en primer lugar a las estipulaciones del convenio [...], y además estarse a las normas generales que regulen objetos contractuales semejantes”²⁵.

Nótese que la misma Ley 10.^a de 1990 abre camino para que las ESE se asocien con terceros particulares, ora subcontratándolos para que ellos le presten un servicio que le permita a la ESE funcionar debidamente, ora asociándose con ellos de manera que ambos aporten esfuerzo y capital en pro de una finalidad común. En el primer caso, nos encontramos frente a una alianza estratégica vacía o tipo *outsourcing*, que usual-

mente se denomina tercerización y en el segundo, nos encontramos frente a una alianza estratégica más completa, que denominaremos alianza de cooperación.

En el primer caso, comprendase tercerización como la subcontratación que, por facultad legal, la ESE realiza con terceros, para la prestación de servicios de salud, que son, en principio, a cargo de la ESE misma. Contrario a lo que podría pensarse *a priori*, la tercerización para la prestación de servicios de salud no se encuentra prohibida por la ley. Antes bien, la figura de la tercerización es promovida por la legislación. Dice al respecto el artículo 1.º del Decreto 536 de 2004: “Las Empresas Sociales del Estado de las entidades territoriales, podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos”.

Por lo demás, la Corte Constitucional avala la tercerización del servicio público de salud, por considerar que este es un servicio que si bien corre a cargo del Estado, puede ser prestado directamente por éste o con la intermediación o ayuda de los particulares²⁶.

En el segundo caso –alianza estratégica de cooperación– la ESE se compenetra mucho más con su asociado; se puede decir que ambos están en igualdad de condiciones sin que exista contraposición entre contratante y contratista. En esta categoría caben diversas formas asociativas, como la alianza estratégica en sentido estricto, el *joint venture* y los consorcios y uniones temporales. Como el mismo razonamiento opera para todas, a manera de patrón, optaremos por ahondar en la forma asociativa de cooperación de mayor utilización en nuestro medio: los consorcios y las uniones temporales.

Los consorcios o uniones temporales son figuras jurídicas afines de derecho privado

a través de las cuales se materializan o concretan las alianzas estratégicas empresariales temporales. La realidad de la relación empresarial se ve revestida de formalidad cuando los aliados estratégicos de esas dos clases se constituyen, a través de un contrato, en consorcios o uniones temporales²⁷. Ciertamente, sobre el particular ha señalado la Corte Constitucional que “... el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en cumplimiento de las obligaciones contractuales”²⁸.

Teniendo en cuenta que los consorcios y las uniones temporales tuvieron su origen en el derecho privado y después fueron trasladadas al derecho administrativo en materia de contratación estatal²⁹, a ellos no exceptúa al principio de la autonomía de la voluntad, principio que aplicaría de la misma forma como lo haría a un contrato que formaliza una alianza *joint venture*, que es un contrato atípico de derecho mercantil.

Como corolario de lo anterior, los consorcios y las uniones temporales³⁰, en derecho privado, se rigen por las estipulaciones de las partes, siempre que las estipulaciones no sean contrarias a la ley. La definición del modelo, condiciones y efectos del consorcio o de la unión temporal dependen, entonces, de la voluntad de las partes contratantes.

Y, entonces, ¿puede una ESE conformar un consorcio o una unión temporal? Con claridad sobre lo anterior, y partiendo de la base de que la contratación de las ESE es de derecho privado, la respuesta a este interrogante es afirmativa, por cuanto nada

lo impide. Las uniones temporales o los consorcios realizados por las ESE estarían librados a la autonomía de la voluntad de las partes, que son las que dicen qué régimen le dan a su negocio; pueden hacerlo incluso, si quieren, con apego a la Ley 80 (que, en todo caso, no les es obligatoria en derecho privado).

Si la ESE contrata con un ente privado (EPS, ARS o particulares), el consorcio o la unión corresponde a la voluntad de los consorciados o miembros de la unión. Ahora bien, si la ESE planea contratar con un ente público, debe someterse a los rigores de una licitación pública: la conformación, el modelo, las condiciones y los efectos de tal consorcio o unión temporal deben obedecer, naturalmente, a los mandatos de la Ley 80. La razón es sencilla: el consorcio o la unión deja de ser de derecho privado, para convertirse en consorcio o unión de derecho administrativo, toda vez que el contratante es un ente público y, ahí, la unión temporal o consorcio del que la ESE es parte se convierte en un mero contratista.

Supongamos, a modo de ejemplo, que una EPS decide contratar la prestación del servicio de radiología e imagenología a sus afiliados y beneficiarios en determinado municipio. Aunque la ESE cuenta con el personal calificado y posee ciertos de los equipos requeridos por la EPS, carece de otros equipos indispensables para la prestación del servicio. En el mismo municipio, existe otra IPS que cuenta con los equipos que le hacen falta a la ESE pero que, asimismo, carece de otros que tiene ésta. En este caso la ESE y la IPS privada podrán celebrar un contrato de consorcio atípico. Si por el contrario la entidad contratante no es una EPS, sino una entidad estatal —como la Nación contratando el servicio de salud a determinados vinculados participantes— el consorcio se rige por las normas de derecho público.

VII. CONTRATACIÓN ENTRE LAS ESE Y ENTIDADES TERRITORIALES PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A VINCULADOS PARTICIPANTES

La Ley 100 estableció un sistema de cobertura bipolar, según la capacidad económica de los afiliados y beneficiarios. Quienes cuentan con medios (bien porque tienen un contrato laboral vigente, o bien porque son independientes con suficientes ingresos para cotizar) hacen parte del régimen contributivo y reciben el servicio de salud a través de las entidades promotoras de salud (EPS). Quienes, por el contrario, poseen escasos recursos económicos, hacen parte del régimen subsidiado (subsidiado por los aportes hechos por los afiliados al régimen contributivo) y reciben el servicio a través de las administradoras del régimen subsidiado (ARS). Por último, quedan los participantes vinculados, quienes, según la definición legal otorgada por el literal B del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, “son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”³¹. Tenemos, pues, que la población pobre que aún no se encuentra en el régimen subsidiado de salud (subsidio a la demanda), está cubierta, en caso de tener que acudir de urgencias a una IPS por enfermedad o accidente, por un subsidio a la oferta (en la medida en que quien recibe el subsidio es la IPS, es decir, la prestadora del servicio y no el paciente en sí mismo). También se encuentran cubiertos, como vinculados participantes, los pacientes que se encuentran afiliados al régimen subsidiado, pero que no tienen capacidad económica para acceder a servicios imprescindibles que no se encuentran en el plan obligatorio de salud (POS) subsidiado³².

En punto de contratación, ni el régimen contributivo, ni el régimen subsidiado presentan mayores problemas. La contratación se basa en la intermediación que realizan las administradoras de cada régimen (EPS o ARS, según el caso) entre la IPS (prestadora directa del servicio) y el paciente (receptor directo). La IPS que tiene convenio con la sociedad administradora factura por los servicios por ella prestados. La contratación se rige por el derecho privado, aunque la IPS sea de carácter público, esto es, que la IPS sea una ESE. El problema se complica cuando de contratación de los servicios a los participantes vinculados se trata. Veamos por qué:

En general, el contrato entre el Estado (Nación o entidad territorial) y la IPS para la atención de la población vinculada se caracteriza por ser un contrato estatal solemne, bilateral, oneroso y aleatorio³³ a través del cual una IPS pública o privada presta el servicio de salud a vinculados participantes. Inclusive cuando el contrato se celebra con ESE el contrato no pierde su naturaleza de contrato estatal regido por el estatuto general previsto por la Ley 80, pese a que, como atrás se explicaba, la contratación de las ESE se rige por el derecho privado. Esto obedece a una sencilla justificación: así la ESE se asimile a un ente particular, el otro contratante es un ente estatal, de los enumerados en el artículo 2.º de la Ley 80.

Así las cosas, surge con claridad que el régimen previsto por la Ley 80 de 1993 es íntegramente aplicable a los procesos de contratación que adelante la Nación o entidad territorial correspondiente, aunque por virtud del literal l) del numeral 1 del artículo 24 (Del principio de Transparencia) de la Ley 80 de 1993 el Estado podría omitir abrir un proceso de licitación para la celebración de contratos dirigidos a la presta-

ción de servicios de salud y, en su lugar, proceder a contratar directamente tales servicios³⁴.

En relación con este punto preciso, creemos que puede tener aplicabilidad el literal l. del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Así, si bien las ESE no deben hacer uso de la contratación directa de que trata la Ley 80 respecto de los servicios de salud que ella misma presta –posición que antes habíamos sentado en el sentido de que el literal l del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 no es aplicable a las ESE–, el Estado (contratante) bien puede hacer uso de la contratación directa para la prestación del servicio de los participantes vinculados, con arreglo a las pautas que brinda el estatuto general. Dicho en otros términos, el Estado puede contratar de manera directa a la IPS encargada para la atención de los participantes vinculados sin necesidad de atender los rigores de la licitación pública.

Tal posibilidad, empero, no exige al Estado de aplicar el principio de transparencia. Ciertamente, con el mencionado principio de transparencia “se busca garantizar la moralidad en la contratación, la imparcialidad de la Administración en la escogencia del contratista al exigir que se haga de acuerdo con unas reglas precisas, claras, completas y objetivas [y con el cual también se garantizan los principios de] igualdad, el de publicidad, y de la libre concurrencia o competencia que sirven de base a la forma más clara de selección del contratista, que es la licitación, pero que deben estar presentes en los otros mecanismos de selección del contratista cualquiera que sea la forma escogida, como se expresó en la exposición de motivos de la Ley, que debe existir ‘aún en los casos de contratación directa o urgencia’”³⁵. Por lo anterior, la contratación directa del Depar-

tamento tendría que hacerse bajo el procedimiento previsto en el Decreto Reglamentario 855 de 1994³⁶.

Adicional a lo anterior, el Estado contratante no goza de plena libertad en la escogencia del contratista aunque se trate de contratación directa. El Estado debe tener en cuenta que los artículos 194³⁷ y 238³⁸ de la Ley 100 de 1993 establecen expresamente la prelación que tienen las ESE, por su carácter público, para la contratación de la prestación de los servicios de salud a los vinculados participantes con las entidades territoriales y la Nación. El 194 prevé que los servicios de salud prestados directamente por la Nación o las entidades territoriales se hace “principalmente” a través de las ESE, relegando a un segundo plano cualquiera otra IPS de carácter privado, en tanto el 238 preceptúa que, para la financiación de los hospitales públicos (hoy ESE), el Estado “garantizará” la celebración de compraventa de los servicios a la población que se le asigne, que no es otra que la población integrada por los participantes vinculados.

De una interpretación conjunta de estas normas se infiere que cuando el Estado contrata el servicio de los participantes vinculados por la vía de la contratación directa debe preferentemente contratar, en primer lugar, con las ESE y, de ser esto imposible, contratar con IPS privadas. Así se pronuncia la doctrina, entre la que destacamos a VANEGAS CASTELLANOS, quien afirma: “Los hospitales cumplirán las mismas funciones de las Empresas Sociales del Estado, pero en particular tienen la función esencial de atender los servicios autorizados para los participantes vinculados...”³⁹. Del mismo modo, el ya citado FERNÁNDEZ CABRERA: “Las direcciones seccionales, distritales y locales de salud deben garantizar la celebración de contratos de compraventa de servicios

con los hospitales [o sea], con el fin de atender la población que se les asigne [esto es, vinculados participantes]...”⁴⁰. Añade que en tales contratos “se debe establecer el plan, programa o proyecto al cual se destinarán los recursos públicos, con indicación de las metas propuestas y la cantidad, calidad y costo de los servicios, según lo definió el artículo 48 de la Ley 10.^a de 1990”⁴¹. Sin embargo, esta doctrina no es unánime. BUITRAGO GALINDO afirma que “La Ley 60 de 1993 dispone que las entidades territoriales, trátese de municipios, distritos o departamentos deben garantizar entre otras, el tratamiento y rehabilitación en los respectivos niveles de atención en salud directamente o a través de entidades descentralizadas, o a través de contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, de donde podemos concluir que la contratación no es forzada al permitirse que se garantice directamente la atención en los respectivos niveles de atención en salud”⁴².

Nosotros comulgamos con la primera de dichas tesis. Creemos que corresponde a la filosofía del Estado que si la atención de los vinculados se va a sufragar con dineros públicos, lo más lógico es que esos dineros sean destinados, de preferencia, a otras entidades estatales, como lo son las ESE. Ahora bien, correlativa a la obligación del Estado de contratar los servicios con IPS públicas o privadas, para que las empresas sociales del Estado (IPS públicas por excelencia) puedan ser financieramente y económicamente viables, deben estar en capacidad de prestar sus servicios a todo posible comprador de los mismos⁴³, entre los que se destaca, claro está, el celebrado con el Estado.

Consecuencia apenas lógica de lo que se viene diciendo es que el Estado tenga la obligación legal y contractual de respetar el portafolio de servicios acordado de pre-

lación con la ESE, prohibiéndosele adelantar contratos alternos con otras IPS, so pena de incurrir en responsabilidad por inexecución contractual.

Por último, creemos que, a pesar de ello, en el evento de que la ESE prestara sus servicios de manera ineficiente y a un costo inviable para el Estado, la susodicha prelación podría llegar a ser controvertible, dado que no podría sacrificarse el interés general para salvaguardar tal prelación. Y es que de por medio está la salud pública: uno de los cometidos esenciales del Estado⁴⁴, un asunto de interés general. Además, no en vano señala la Ley 80 de 1993 que, para asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, las entidades tienen, entre otros deberes el de exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos, con ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias.

NICOLÁS ERNESTO LOZADA PIMIENTO
Departamento de Derecho Civil
Universidad Externado de Colombia

1. Esta norma ha sido desarrollada por el artículo 16 del Decreto 1876 de 1994: “A partir de la fecha de creación de una empresa social del Estado, se aplicarán en materia de contratación las normas del derecho privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia...”

2. JULIO OROZCO AFRICANO y WILLIS SIMANCAS MENDOZA. *Lo que usted debe saber sobre seguridad social en salud*, t. 1. Bogotá, Coeimosatur, 1997, p. 277. FERNÁNDEZ CABRERA. *El nuevo sistema de salud en Colombia, Vademécum de la seguridad social en salud*. Bogotá, Castillo Edit., 1996, p. 225, opina que “estos cambios parten de la transformación del viejo sistema del subsidio a la oferta de los servicios, es decir de la recepción periódica de los recursos provenientes del Estado con independencia de la utilización más o menos eficiente o ineficiente que se hiciera de ellos, al subsidio a la demanda, o en otras palabras, el sistema presupuestal de los ingresos provenientes por la venta de servicios directos o por contratación, con sistemas de costo y facturación, con anticipos y reembolsos”.

3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 6 de abril de 2000, C. P.: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE.

4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, exp. 1127. Las empresas sociales del Estado, cuando celebran contratos regidos por el derecho privado, pueden seleccionar a sus contratistas de acuerdo con el criterio que tenga la administración, claramente expuesto en su reglamento interno.

5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, exp. 1127.

6. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000, C. P.: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, exp. 1263.

7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 5 de abril de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 31 de agosto de 2000, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, exp. 17903.

9. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, exp. 1127: “No obstante el régimen de derecho privado dispuesto por la ley para las empresas sociales del Estado en materia de contratación, a sus gerentes, directores y demás empleados oficiales le son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1993”.

10. No se pierda de vista, en todo caso, que la autonomía de voluntad que caracteriza las relaciones contractuales de las ESE no es equiparable a la autonomía de la voluntad de derecho privado. Por tratarse de una entidad estatal cuyo servicio es de tal trascendencia en la comunidad, la autonomía de la voluntad de la empresa social es cualificada por el interés general, de ahí la exigencia a la que nos referíamos en acápite anterior (ii) de existencia de un reglamento interno de contratación que respete los principios generales de contratación estatal. El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000, C. P.: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, exp. 1263, ha dicho al respecto: “El concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las partes [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como

declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las partes [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediamente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado”.

11. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, exp. 1127.

12. *Ibídem*.

13. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de abril de 2000, C. P.: FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE, exp. 1263.

14. Es una regla hermenéutica elemental: donde el legislador no distingue, le está vedado al intérprete hacerlo.

15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de agosto de 1998, C. P.: JAVIER HENAO HIDRÓN, exp. 1127.

16. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 31 de agosto de 2000, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, exp. 17903.

17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto de 5 de abril de 2001, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

18. Es por ello que, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley estatutaria de la administración de justicia confiere función jurisdiccional a los conciliadores.

19. El artículo 38 en comentario prevé, a la letra: “si la materia de que se trate es conciliable, la conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse antes de acudir en los procesos declarativos que deben tramitarse a través del procedimiento ordinario o abreviado, con excepción de los procesos de expropiación y divisorios”.

20. HUMBERTO SERNA G. “Alianzas estratégicas”, presentación en el XVI Curso Internacional del Crédito Educativo, Instituciones Educativas y Entida-

des Financieras, Universidad de los Andes, Bogotá, s.d.

21. *Ibidem*.

22. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, 5.^a ed. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez R., 2005, p. 139.

23. Ley 10.^a de 1990, artículo 24: Contratación o asociación para la prestación de servicios de salud. Previa autorización del Ministerio de Salud, cuya competencia podrá ser delegada en las direcciones seccionales, o locales, *todas las entidades públicas que tengan la responsabilidad de prestar servicios de salud, podrán contratar con personas privadas especializadas en servicios de salud*, inscritas en el registro especial que, para el efecto se organizará, en desarrollo de las facultades de que trata el artículo 1.^o de esta ley, la prestación del servicio público de salud, siempre y cuando se respeten los principios consagrados en el artículo 3.^o. Estos contratos, no requerirán requisito distinto a los exigidos para la contratación entre particulares (énfasis propio).

24. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 6 de abril de 2000, C. P.: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE.

25. *Ibidem*.

26. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-655 de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. “En los términos del artículo 49 de la Constitución Política, la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado; al cual corresponde organizarlos, dirigirlos y reglamentarlos conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Igualmente es deber del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Debe también el Estado señalar las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

“En cuanto servicio público, según lo dispone el artículo 365 de la Carta, es deber del Estado asegurar la atención, protección y prestación eficiente de los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional. Pero el hecho de que corresponda al Estado garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos *no significa que tenga que asumir en forma directa su prestación*, pues el texto constitucional es claro al señalar que los servicios pueden ser pres-

tados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” (itálicas fuera del texto).

27. Entiéndasenos bien: con esto no queremos decir que las demás alianzas empresariales de cooperación no sean formalizadas a través de contratos. Por supuesto que una alianza estratégica formal cobra vigor jurídico cuando se celebra un contrato con tal fin. No obstante, los contratos por los que se formalizan este tipo de alianzas jamás constituyen consorcios o uniones temporales.

28. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-414 de 22 de septiembre de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

29. En este punto, anota la Corte Constitucional en jurisprudencia ya citada: “Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del *joint venture* del derecho americano o al *peternish* de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica [...] *El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica*. Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la “unión temporal”, si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7.^o” (itálicas propias).

30. Es importante anotar que la doctrina generalmente suele diferenciar el consorcio de la unión temporal. Se dice que en el consorcio, pese a la independencia jurídica de las empresas aliadas, la relación contractual entre las empresas tiende a ser más cercana, estable y duradera, en tanto que en la unión temporal, la relación contractual obedece a la consecución de un fin específico (vgr. celebrar un contrato con un tercero) y es, de suyo, meramente “temporal”. Estos límites o diferencias no son claros, por el mencionado principio de autonomía de la voluntad, ya que por él se permite a las partes darle distintos matices a una u otra figura.

31. En el mismo sentido, la definición del artículo 32 del Decreto reglamentario 806 de 1998: “Vinculados al sistema. Serán vinculadas al Sistema

General de Seguridad Social en Salud las personas que no tienen capacidad de pago mientras se afilian al régimen subsidiado”. Esta definición es un corolario de la garantía establecida en el literal p del artículo 156 de la misma ley: “La Nación y las entidades territoriales, a través de las instituciones hospitalarias públicas o privadas en todos los niveles de atención que tengan contrato de prestación de servicios con él para este efecto, garantizarán el acceso al servicio que ellas prestan a quienes no estén amparados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hasta cuando éste logre la cobertura universal”.

32. Decreto 806 de 1998. Artículo 31: “Prestación de servicios no cubiertos por el POS subsidiado. Cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”.

33. SIMÓN BUITRAGO GALINDO. Algunos contratos de prestación de servicios de salud en el sistema general de seguridad social en salud. Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 238 y 239, explica que “el contrato para atender la población vinculada, es aleatorio en tanto no se conoce con certeza la cantidad y el nivel de servicios que requerirán los usuarios...”. En este texto puede encontrarse un análisis profundo acerca de los caracteres del contrato de prestación de servicios a vinculados participantes.

34. Dice la norma legal citada: “Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

[...]

Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios”

35. PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, cit., p. 54.

36. Decreto 855 de 1994. Artículo 2.º: “En la contratación directa el jefe o representante de la enti-

dad estatal, o el funcionario en que hubiere delegado, deberá tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, establecidos en la Ley 80 de 1993”.

37. Ley 100 de 1993. Artículo 194. *La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo*” (énfasis propio).

38. Ley 100 de 1993. Artículo 238. “De la financiación de los hospitales públicos que reciben aportes de la Nación y/o de las entidades territoriales. En lo sucesivo y de acuerdo al programa de conversión gradual que para el efecto se establezca, *las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud garantizarán la celebración de contratos de compraventa de servicios con los hospitales para atender la población que se les asigne o con las Entidades Promotoras de Salud, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 10.ª de 1990 y en la Ley 60 de 1993.*

“Para las vigencias fiscales de 1995 y 1996, las entidades territoriales, sin perjuicio de lo que trata el numeral 7 del 115 artículo [sic] 18 de la Ley 60 de 1993 tomaran como referencia para la programación presupuestal de las entidades públicas que prestan servicios de salud el valor en pesos constantes a ellas asignadas en la vigencia fiscal de 1994. Durante los primeros tres años de vigencia de la Ley, las instituciones de prestación de servicios de salud que reciben recursos públicos a cualquier título, continuarán recibiendo como mínimo una suma igual en términos reales a la obtenida durante el año fiscal inmediatamente anterior a la fecha de la presente Ley. Una vez concluido este término se acogerá el programa de conversión concertado entre el Ministerio de Salud y las entidades territoriales de que trata el artículo 239 de la presente Ley” (itálicas nuestras).

39. ALFONSO VANEGAS CASTELLANOS. *Teoría y práctica de la seguridad social*, 3.ª ed. Bogotá, Librería del Profesional, 1997, p. 269.

40. FERNÁNDEZ CABRERA. Ob. cit., p. 221.

41. Ibíd., pp. 221 y 222.

42. BUITRAGO GALINDO. Ob. cit., pp. 250 y 251.

43. FERNÁNDEZ CABRERA. Ob. cit., p. 219, afirma: “Para los efectos operativos de este sistema, las entidades [las ESE] deberán celebrar contratos, siguiendo los lineamientos del derecho privado, con todas aquellas personas jurídicas a las cuales les puedan vender servicios, incluyendo las direcciones territoriales de salud”. Asimismo, advierte que un área básica de la estructura operacional de las ESE es la atención al usuario, atención que es definida como “el conjunto de unidades orgánicas y

funcionales encargadas de todo el proceso de producción y prestación de servicios de salud con sus respectivos procedimientos y actividades, incluyendo la atención administrativa demandada por el usuario. Comprende, también, la definición de políticas institucionales de atención, el tipo de recursos necesarios para el efecto, las formas y características de la atención, y la dirección y prestación del servicio”.

44. Ver, p. ej., artículo 46 Ley 715 de 2003.

