

000100

PROBLEMA JURIDICO:

¿Son aplicables a _____ EPS-S las restricciones y regulaciones especiales de la Ley 996 de 2005 en materia de contratación respecto a contratos de trabajo y contratos administrativos?

ANTECEDENTES:

Mediante Acuerdo ____ de 2009 el Concejo de _____, autorizó la constitución de una ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, como una Sociedad de Economía mixta organizada comercialmente bajo la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada con aportes público (Distrito Capital) y privados (____EPS), con fines de interés social, con autonomía administrativa y financiera y que hace parte del SGSSS.

Señala que _____ como Sociedad de Economía Mixta, en su organización y funcionamiento está sometida al derecho privado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

Que de este modo, las relaciones laborales de todos los trabajadores que conforman la planta de personal de la empresa, están sometidas al Código Sustantivo del Trabajo.

Agrega, que al ser una EPS del Régimen Subsidiado está sujeta a la Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de la ley 100 de 1993 y demás normas reglamentarias y complementarias.

Que en razón a su naturaleza jurídica pregunta si le resultan aplicables las restricciones y regulaciones especiales contenidas en la Ley 996 de 2005, dado el calendario electoral previsto para las próximas elecciones de Congreso y Presidente para el 11 de marzo y 27 de mayo de 2018 respectivamente, solicitando concepto sobre esta materia.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La ley 489 de 1998, señala:

Artículo 68°.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1°.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial... (subrayado fuera de texto)

“Artículo 69°.- Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política” (subrayado fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, tenemos que las Sociedades de Economía Mixta como entidades descentralizadas, son Órganos del Estado y pueden dentro de su objeto principal ejercer funciones administrativas, prestar servicios públicos o realizar actividades industriales y comerciales.

Sobre las Sociedades de Economía Mixta señaló la Ley 489 de 1998 lo siguiente:

“Artículo 97°.- Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo.- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Artículo 98°.- Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

Artículo 99°.- Representación de las acciones de la Nación y de las entidades públicas. *La representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad.*

Lo anterior no se aplicará cuando se trate de inversiones temporales de carácter financiero en el mercado bursátil.

Cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos.

Artículo 100°.- Naturaleza de los aportes estatales. *En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado.*

El aporte correspondiente se computará a partir del momento en que se realicen de manera efectiva o se contabilicen en los respectivos balances los ingresos representativos”.

Observamos que el artículo 97 antes transcrito, reitera nuevamente que son Organismos del Estado autorizados por la Ley (Ley, Ordenanza o Acuerdo, según el nivel a donde correspondan).

En este mismo sentido la Jurisprudencia Constitucional ha señalado sobre el particular, lo siguiente en sentencia C - 338 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

“Como en otra oportunidad lo destacó la Corte, para la existencia de las sociedades de economía mixta no basta la autorización legal, “pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas”, de modo que “su organización es la propia de las sociedades comerciales” previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social, no obstante lo cual “no son particulares”, sino organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública.

En este sentido, la Corporación ha advertido que las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, “no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal” y que, por lo tanto, “no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del estado”.

La pertenencia a la estructura del Estado se evidencia en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que “como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se ‘vinculan’ a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central”.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

En relación con los empleados de las Sociedades de Economía Mixta, de conformidad con la Constitución Política de Colombia son servidores públicos:

“ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

ARTICULO 124. *La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.*

ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Acorde a norma constitucional transcrita, los empleados de las entidades descentralizadas como lo son las Sociedades de Economía Mixta son servidores públicos; pues, por el hecho de tener capital privado, la entidad no deja de ser un ente de derecho público u organismo del Estado y sus empleados servidores públicos.

Sobre la naturaleza y régimen jurídico aplicable a los empleados de las Sociedades de Economía Mixta la Jurisprudencia Constitucional ha señalado lo siguiente:

“4. El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta

El artículo 210 de la Carta señala que “la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes” y, conforme lo ha interpretado la Corte, el régimen jurídico de las

sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, ha de ser fijado mediante ley.

Del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta hace parte la definición del régimen jurídico de sus servidores o, en otros términos, de la clase de vínculo que une a las personas que laboran en ellas con esas entidades descentralizadas, luego es claro que al legislador le compete regular esa relación.

En este orden de ideas cabe recordar que, según el citado artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta “desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, al paso que el Código de Comercio, en su artículo 461 establece que estas sociedades “se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

Como se ha destacado en la jurisprudencia constitucional, “el Congreso ha establecido como regla general” que las sociedades de economía mixta “están sujetas a un régimen de derecho privado”, en razón del “tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo” y con “la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades”, lo que implica que, “por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado”.

Que los trabajadores de las sociedades de economía mixta se vinculen mediante un régimen de derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución, invocado en la demanda y también del artículo 125 superior que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador “pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos”.

Así las cosas, es claro que los empleados de las Sociedades de Economía Mixta están comprendidos dentro de la acepción genérica de servidores públicos; porque así lo consagra nuestra Carta Magna y así lo corrobora la jurisprudencia constitucional.

Ahora, en relación con el objeto y funciones o actividades que cumplen las EPS y en particular la que es objeto de estudio en el presente concepto; de conformidad con el documento de Constitución de _____ EPS-S en su artículo 4º su objeto principal a desarrollar en consonancia con la Ley 100 de 1993 consisten en:

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

- 1) Actuar como EPS del Régimen Subsidiado dentro del SGSSS.
- 2) Promover la afiliación al SGSSS.
- 3) Administrar el riesgo en salud de sus afiliados.
- 4) Pagar servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato.
- 5) Organizar y garantizar la prestación del servicio de salud previsto en el POS del Régimen Subsidiado.
- 6) Afiliar y carnetizar a la población beneficiaria de subsidios en salud y administrar el riesgo en salud de esta población.

Como se observa se trata de actividades netamente administrativas y no asistenciales. Esto es, que dentro de su "*objeto principal*" no se encuentra la prestación directa del servicio público esencial de salud; si bien, deben organizarlo y garantizarlo; no se señala que deba o pueda prestarlo directamente.

No obstante lo anterior, a renglón seguido en el mismo artículo 4º del Documento de Constitución de _____ EPS, se señala que, en desarrollo de su objeto social la sociedad adelantará las siguientes actividades:

"13) Gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de contratación con las Instituciones Prestadoras de Servicios y con profesionales de salud".

Más adelante en el mismo artículo 4º. Se indica que:

"Para el cumplimiento de su objeto social, la sociedad dentro de los límites legales, podrá realizar entre otros actos los siguientes:

(...)

11) Desempeñarse como una Institución Prestadora de Servicios de Salud para prestar sus servicios a terceros dentro de las limitaciones legales."

Lo anterior, resulta corroborado por la ley 100 de 1993 que sobre la finalidad y objeto de las Empresas Promotoras de Salud - EPS, señala:

ARTICULO. 177.-Definición. *Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.*

ARTICULO. 178.-Funciones de las entidades promotoras de salud. *Las entidades promotoras de salud tendrán las siguientes funciones:*

1. Ser delegatarias del fondo de solidaridad y garantía para la captación de los aportes de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

2. Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la seguridad social.
3. Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.
4. Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.
5. Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.
6. Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud.
7. Las demás que determine el consejo nacional de seguridad social en salud.

ARTICULO. 179.-Campo de acción de las entidades promotoras de salud. Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el consejo nacional de seguridad social en salud.

PARAGRAFO.-Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

ARTICULO. 180.-Requisitos de las entidades promotoras de salud. La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como entidades promotoras de salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser entidad promotora de salud.
2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.
3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al sistema general de seguridad social en salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

de los servicios de salud de las instituciones prestadoras de servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la ley.

4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:

a) Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;

b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las instituciones y profesionales prestadores de los servicios, y

c) Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.

5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el Gobierno Nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las entidades promotoras de salud.

6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la entidad promotora de salud, que será fijado por el Gobierno Nacional.

7. Tener un capital social o fondo social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la entidad, determinados por el Gobierno Nacional.

8. Las demás que establezca la ley y el reglamento, previa consideración del consejo nacional de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. -El Gobierno Nacional expedirá las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo”.

Como se observa si bien por Ley, podrían las EPS prestar directamente servicios de salud, no es un requisito “*sine qua non*” para que de conformidad con el artículo 180 ibídem puedan ser autorizadas como EPS.

De otra parte, en particular e cuanto hace a _____ EPS, en el documento de Constitución de la Sociedad se señala y deja abierta la posibilidad de prestar servicios de salud directamente; que para el caso presente en el caso de que efectivamente preste directamente servicios de salud, tendría el carácter adicional de IPS y la connotación de entidad hospitalaria.

Finalmente, en cuanto a su **capital autorizado, inscrito y pagado**, de conformidad con el Documento de Constitución en el artículo 5º se estableció que el 51% corresponde a _____ y el 49% a _____ EPS.

En cuanto al capital social en el año 2016 hubo una recapitalización y _____, quedó con un 89% y _____ 11% no variando su Régimen Jurídico aplicable.

La Ley de garantías Electorales contenida en la Ley 996 de 2005 señala lo siguiente:

"Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado, les está prohibido:

(...)

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participe n voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa".

Como se observa:

I.- La restricción de la "contratación directa", según el artículo 33 antes transcrito se hace extensivo a todos los "entes del Estado". Es así como, teniendo en cuenta que las

Cra. 32 NO. 12-81

Tel.: 364 9090

www.saludcapital.gov.co

Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

Sociedades de Economía Mixta son órganos u organismos del Estado, como entidades descentralizadas que son, forman parte de la Organización del Estado y de la rama Ejecutiva del Poder Público en sus niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, respectivamente.

Por tanto, las Sociedades de Economía Mixta se encuentran comprendidas dentro de la acepción “*entes del Estado*” indicada por el legislador en el citado artículo, siendo aplicable a éstas, la restricción de la “*NO contratación directa dentro de los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso*”.

La denominación específica del contrato no incide para nada en la prohibición, ya que en este sentido el legislador no se refiere a un tipo específico o denominación de contrato, sino al procedimiento de selección o escogencia del contratista, a través del mecanismo o modalidad de “Contratación Directa”.

Es así que _____ EPS, por su naturaleza jurídica de entidad descentralizada, como Sociedad de Economía Mixta que forma parte del Estado, sí estaría cobijada por esta restricción.

No obstante lo anterior, en el evento en que autorizada por su Documento de Constitución y por la Ley 100 de 1993, se encuentre habilitada y preste real y efectivamente servicios de salud directamente, tendría la connotación adicional de Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS y como tal sería una entidad hospitalaria, estando en este orden de ideas, comprendida dentro de las excepciones señaladas expresamente por el legislador en el inciso 2º del mismo artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por tratarse de una entidad hospitalaria, y no estaría cobijada por la restricción para celebrar contratos por la modalidad de contratación directa, a excepción de los contratos y convenios interadministrativos de que trata el artículo 38 ibídem que no contempla ésta excepción, como se señala en el siguiente numeral.

De NO estar habilitada para prestar servicios de salud directamente y en efecto si NO presta servicios de salud directamente, _____ EPS no estaría exceptuada de la aplicación de esta restricción.

II.- En cuanto a las restricciones para celebrar “*convenios o contratos interadministrativos*”, el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, incluye dentro de los destinatarios de la prohibición a los “*directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden distrital*”, como ordenadores del gasto y con la competencia legal para celebrar este tipo de convenios o contratos, la cual es extensiva a sus delegados; razón por la cual no existe la más mínima duda de que esta restricción aplica también a las Sociedades de Economía Mixta como entidades descentralizadas del orden distrital. Esta prohibición hace referencia al tipo o denominación del convenio o contrato para circunscribir la prohibición a los “*convenios o contratos interadministrativos*”, esto es, a los así denominados por la Ley 80 de 1993, la Ley 489 de 1998 y otras normas especiales, celebrados entre entidades de derecho público. Así mismo, la restricción no sólo refiere al tipo o denominación del contrato,

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**

sino también a la parte conveniente o contratante, para referirse en el caso puntual al director o gerente de entidades descentralizadas.

De otra parte, al señalar que *"no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos"*, el legislador no distingue sobre qué tipo de recursos recae la prohibición, considerando que debe entenderse que aplica a todos los recursos financieros, físicos y humanos que tengan el carácter de públicos. Al no hacer distinción alguna la acepción *"recursos"* abarca igualmente la ejecución de todos los recursos del presupuesto, sean estos de funcionamiento o inversión.

Así las cosas, _____ EPS como Sociedad de Economía Mixta, que forma parte de las entidades descentralizadas del orden distrital, está sujeta a la restricción establecida en el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 antes mencionada.

III.- Finalmente, en cuanto a las restricciones de la *"nómina"* el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, hace referencia al *"ente territorial o entidad"*. A cuales entidades se refiere?. Pues, no a otras diferentes a las citadas en el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 dentro de las cuales se menciona expresamente a las *"Entidades descentralizadas"*, dentro de las cuales como vimos se encuentran comprendidas las *"Sociedades de Economía Mixta"* y en particular la que es objeto de estudio, como lo es _____ EPS, estando así incluida dentro de los destinatarios de la prohibición, independientemente de la clasificación o naturaleza de sus empleados o tipo de vinculación o Régimen aplicable, ya que la prohibición o restricción se refiere es la *"nómina"* o sea a la *"planta de empleos de la entidad"*. De tal manera, que como señala la norma de hermenéutica jurídica, *"donde la ley no distingue no le es dable distinguir al intérprete"*.

Así las cosas, _____ EPS como Sociedad de Economía Mixta, que forma parte de las entidades descentralizadas del orden distrital, está sujeta a la restricción establecida en el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 antes mencionada.

CONCLUSIONES:

En Concepto de esta Oficina Asesora Jurídica y de acuerdo a las normas vigentes y jurisprudencia antes transcritas, se puede concluir que _____ EPS como Sociedad de Economía Mixta, que forma parte de las entidades descentralizadas del orden distrital, está sujeta a las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 antes mencionadas, esto es, que:

- 1) Durante los 4 meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, NO podrá suscribir ningún tipo de contrato bajo la modalidad de *"contratación directa"*.

Excepto en el caso de que se encuentre habilitada y preste real y efectivamente servicios de salud directamente, caso en el cual, tendría la connotación adicional de Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS y como tal sería una entidad

hospitalaria, estando en este orden de ideas, comprendida dentro de las excepciones señaladas expresamente por el legislador en el inciso 2º del mismo artículo 33 de la Ley 996 de 2005, por tratarse de una entidad hospitalaria.

- 2) Dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones de Corporaciones públicas, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni los demás aspectos incluidos en la norma (Ley 996 de 2005) como prohibiciones o restricciones, que no están comprendidos dentro de este estudio por cuanto no han sido objeto del presente concepto.

- 3) No se podrá modificar la nómina de la entidad, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada.

Es necesario tener en cuenta que la Ley de Garantías no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los contratos suscritos antes del periodo de la campaña presidencial.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del CPACA, no tiene efectos vinculantes, tal como lo señala el H. Consejo de Estado en providencia de fecha 22 de abril de 2010 Radicación 11001 0324 000 2007 00050 01 Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA donde se señaló: *“Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. De allí que las autoridades a quienes les corresponda aplicar las normas objeto de dicho concepto, no están sometidas a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que el apartarse del mismo genere consecuencia alguna en su contra”*.

El carácter NO vinculante de los conceptos deviene directamente de la ley (CPACA) y no porque así lo señale el pronunciamiento del Consejo de Estado citado, razón por la cual propongo eliminar la parte subrayada, pues la misma resulta realmente irrelevante, en tanto no hay duda acerca de lo que dispone el artículo 28 del CPACA.

Cordialmente,

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Luz Inés.

Cra. 32 No. 12-81
Tel.: 364 9090
www.saludcapital.gov.co
Info: 364 9666



**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**