

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Interna: 11001-03-06-000-2018-0043-00**Número Único:** 2371**Referencia:** Ley de Garantías Electorales respecto de contratación de prestación de servicios de salud de población no asegurada.

El Ministerio de Salud y Protección Social consulta a la Sala acerca del contenido y alcance de las prohibiciones previstas en los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, particularmente respecto a la posibilidad de contratar la prestación de servicios de salud de la población no asegurada y el Plan de Intervención Colectiva con instituciones públicas prestadoras de tales servicios.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Ministerio presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. Transcribió las normas pertinentes sobre la Ley de Garantías Electorales – Ley 996 de 2005-, los artículos de la Ley 80 de 1993 que regulan la contratación directa, las normas que regulan la prestación de servicios de salud a la población no asegurada, el Plan de Intervenciones Colectivas y las disposiciones que regulan a las Empresas Sociales del Estado.

2. Frente a la necesidad de la consulta afirmó que con la entrada en vigencia de la ley de garantías, vigente para cada proceso electoral que se adelanta, ello trae inconvenientes para la adecuada prestación de los servicios de salud a la población no asegurada así como a las acciones contenidas en el Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), toda vez que los servicios deben ser contratados con instituciones públicas prestadoras de esos servicios (E.S.E.).

Lo anterior, se llevará a cabo a través de convenios interadministrativos, figura contractual que está prohibida con respecto a su celebración por parte de los entes territoriales, por expresa disposición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

3. Que para atender los mandatos contenidos en la Ley 715 de 2001 y 1122 de 2007, para la prestación de los servicios de salud antes enunciados, se requiere de la suscripción de un convenio interadministrativo, a través del cual se materializa el deber que tiene el Estado de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo al derecho fundamental a la salud, de acuerdo a lo normado en el artículo 5º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.

4. Aduce el Ministerio que los entes territoriales en su calidad de entidades sanitarias, al aplicarse la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, se entienden facultados para celebrar contratación, no obstante esa posibilidad se hace nugatoria, al confluir en un mismo tiempo la anterior excepción con la prohibición prevista en el parágrafo del artículo 38 ibídem, consistente en que los entes territoriales no pueden celebrar convenios interadministrativos, cuando esta figura contractual constituye una manera de contratación directa.

5. Refiere y transcribe el concepto 1738 de 6 de abril de 2006 emitido por la Sala, en el que se analizó la aplicación de la Ley 996 de 2005 a la contratación con la Imprenta Nacional de los proyectos de ley que cursan en el Congreso de la República, frente a la restricción del mencionado artículo 33.

Con fundamento en lo anterior, el señor Ministro de Salud y Protección Social formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. ¿Al entrar en vigencia la restricción prevista en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, pueden los entes territoriales suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado, para prestar servicios de salud a la población no asegurada y las acciones de salud que se brindan a la colectividad a través del Plan de Intervenciones Colectivas –PIC, teniendo en cuenta que es el legislador quien ha ordenado esa contratación y que por ende la misma no emana de la autonomía de la voluntad de los contratantes?

2. ¿Al confluir para las elecciones presidenciales las restricciones contempladas en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y las restricciones establecidas en el artículo 33 ibídem, pueden los Entes territoriales como entidades sanitarias que son y las Empresas Sociales del Estado en su carácter de Entes Hospitalarios celebrar entre sí contratación directa, es decir, convenios interadministrativos, con el fin de cumplir con la obligación legal de prestar servicios de salud, acogiéndose a la excepción establecida en el artículo 33 de la referida Ley?

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de responder a las preguntas objeto de consulta, la Sala considera necesario referirse a los siguientes temas: i) Aspectos de la Ley 996 de 2005 – Prohibiciones y excepciones-, ii) Competencia de las entidades territoriales en la

prestación de los servicios de salud a la población no asegurada y Plan de Intervenciones colectivas y iii) conclusiones.

i) Aspectos generales de la Ley 996 de 2005

a) De las prohibiciones establecidas en la ley de garantías

La Ley de Garantías Electorales, aplicable a las elecciones presidenciales y a las de los demás cargos de elección popular, busca garantizar la igualdad de condiciones para los candidatos que participan en dichos procesos electorales. En desarrollo de dicha finalidad se consagraron una serie de prohibiciones, y entre ellas la restricción a la contratación pública.

En efecto, el artículo 33 de la referida ley dispone:

“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”.

Igualmente, el parágrafo del artículo 38 ibídem, consagra la siguiente prohibición:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, 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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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. (...)” (Apartes subrayados declarados inexecutable.)

Sobre el alcance de las anteriores disposiciones esta Sala ha emitido pronunciamientos en los que ha definido varias premisas, a saber:

- a) La prohibición contenida en las normas antes señaladas es de carácter temporal (4 meses anteriores a la elección).
- b) Los límites para efectuar la contratación directa se extienden a todos los organismos y entidades estatales, sin que resulten determinantes la naturaleza jurídica, la forma de organización o la pertenencia a una u otra rama del poder público.
- c) También se determinó que debía entenderse por contratación directa cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta el régimen de contratación aplicable.

En efecto, sobre este punto en el año 2006 la Sala puntualizó¹:

“Es claro y eso no ofrece ninguna duda dada la literalidad del artículo 33 que se analiza, que el primer inciso contiene una prohibición temporal y que por lo mismo se trata de una conducta o actividad que no se puede realizar por los destinatarios de la norma. Las dudas han surgido alrededor de la definición de los sujetos destinatarios de la prohibición temporal, definidos por la ley como “todos los entes del Estado”, por la extensión del término “contratación directa”, y por último la interpretación de las excepciones del segundo inciso del artículo transcrito. Pasa la Sala a ocuparse en su orden de estos tres temas, con el fin de sustentar las respuestas a la consulta.

I. El elemento subjetivo de la norma: todos los entes del Estado

Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación

¹Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1727 de 20 de febrero de 2006.

directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

(...)

Reitera la Sala que la locución en comento, debe entenderse dentro del contexto de la ley de garantías y de la especial finalidad que ella busca, la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia, de suerte que si el legislador no utilizó la expresión “rama ejecutiva” en el artículo 33 de esta ley, como sí lo hizo en la prohibición del artículo 32, y enunció como obligados por la prohibición a todos los entes del Estado, es claro que no fue su intención excepcionar aquellas que no encajaran dentro de la noción de rama ejecutiva, desarrollada por el artículo 38 de la ley 489 de 1998. La frase que se interpreta coincide con la definición legal de “administración pública” del artículo 39 de la misma ley 489, según la cual “se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.”

II. El elemento objetivo de la norma: la prohibición temporal de la celebración de contratos por el sistema de contratación directa.

En concepto anterior, después de hacer un recuento de los antecedentes legislativos del artículo 33, en los que se encontró que la prohibición en comento se propuso en un primer momento por un mes, luego por dos y al final se aprobó por los cuatro que aparecen en el texto legal vigente, (los que fueron aumentados a seis por la Corte Constitucional en la sentencia de revisión, para el Presidente y el Vice-Presidente si deciden someter su nombre a las elecciones), constató que la norma legal había dejado una puerta abierta para aquellos casos en los que era necesario hacer gastos “inaplazables e imprescindibles,” solución que fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

El concepto citado expresa a manera de síntesis que, de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, es indudable que el legislador asumió que la contratación directa podía dar lugar al rompimiento del equilibrio entre partidos y candidatos a la presidencia y por esto la prohibió. Advierte la Sala que siempre ha estado prohibida la contratación cuando se utiliza para favorecer partidos o candidatos políticos, y que por lo mismo da lugar a sanciones disciplinarias, patrimoniales y penales, e incluso los contratos que así se celebraren estarían viciados de nulidad absoluta por desvío de poder. A pesar de esto, el legislador fue mucho más allá y prefirió extremar las garantías al punto de evitar la contratación misma, de manera que no hubiera siquiera la sospecha de que mediante este mecanismo se pudiera alterar la igualdad entre los candidatos. La Corte Constitucional en la sentencia C–1153-05, declaró contraria a la Carta la expresión legal adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración por considerarla ambigua, cerrando, con tal decisión, toda posibilidad a la contratación directa por parte de las entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en la misma ley 996 del 2005.

Con base en esta premisa, se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas, en el período preelectoral, pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 del 2005.

El artículo 33 que se comenta contiene una prohibición temporal de 4 meses a la contratación directa durante la campaña presidencial, lapso extendido a seis meses para el Presidente y el Vicepresidente en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional. Esta restricción exige de los órganos y entidades con capacidad para celebrar contratos la responsabilidad de planificar con suficiente antelación, la gestión contractual en los períodos anteriores a la elección presidencial, para que la prestación de los servicios, el cumplimiento de funciones públicas y el ejercicio de competencias que se llevan a cabo mediante esta forma de actividad administrativa bilateral, no se vean afectados por la restricción impuesta por la ley estatutaria.”

Debe aclararse entonces que las restricciones impuestas en las normas antes referidas se circunscriben a:

- La prohibición a todos los entes estatales de realizar contratación directa, incluidos los contratos interadministrativos,
- La imposibilidad de que los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, puedan celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones.

Puede concluirse entonces que las anteriores limitaciones en materia de contratación buscan evitar que la actividad contractual de las entidades públicas se desarrolle a favor de quienes participan en los certámenes electorales y persiguen que dicha participación democrática se desarrolle de manera transparente e imparcial.

b) De las excepciones contenidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Las prohibiciones descritas en precedencia no son absolutas, pues la misma ley establece una serie de excepciones a través de las cuales se pretende evitar la inactividad o paralización de los servicios que presta el Estado para cumplir con sus

cometidos. En este punto debe destacarse que la Sala² ha puntualizado que las excepciones que contiene el inciso segundo del artículo 33 son taxativas y su interpretación debe ser de carácter restrictivo.

Dentro de la excepción que consagra el inciso 2º del artículo 33, se encuentran los contratos que *“deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.”*

En este orden de ideas, debe la Sala clarificar el concepto de entidades sanitarias al que alude la disposición en comento, para lo cual es preciso acudir a lo normado en el Decreto 780 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”*, cuyo artículo 2.8.8.1.1.3., trae las siguientes definiciones para el Sistema de Salud Pública:

“Artículo 2.8.8.1.1.3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente Capítulo, se adoptan las siguientes definiciones:

Autoridades Sanitarias. Entidades jurídicas de carácter público con atribuciones para ejercer funciones de rectoría, regulación, inspección, vigilancia y control de los sectores público y privado en salud y adoptar medidas de prevención y seguimiento que garanticen la protección de la salud pública.

Entidades Sanitarias. Entidades del Estado que prestan servicios sanitarios o de sanidad con el propósito de preservar la salud humana y la salud pública. (...)

En virtud a la conceptualización que contiene el anterior precepto, es indudable que las entidades que presten servicios tendientes a preservar la salud pública o humana deben ser consideradas como entidades sanitarias y en principio estarían exceptuadas de la prohibición de contratación directa.

No obstante, en lo que respecta a la habilitación de las entidades sanitarias y hospitalarias para celebrar contratación directa, esta Sala en el Concepto 1839 de 26 de julio de 2007 fijó la hermenéutica respecto de dicha excepción:

*“... la excepción que habilita las entidades sanitarias y hospitalarias a vincular personal a la nómina estatal y celebrar, durante los cuatro meses anteriores a la elección, contratos directamente, debe entenderse circunscrita a la necesidad de conjurar situaciones de emergencia que puedan afectar la salubridad pública como elemento del orden público y social, por ejemplo, “la adquisición de un insumo esencial para la prestación de un servicio (...) que mientras se adelanta el trámite de la licitación pública (...).”*³ Así lo entendió la Corte Constitucional que al estudiar la constitucionalidad de estas normas, manifestó que las excepciones de limitación protegen *“diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas”* y declaró inexequible la expresión

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1974 de 26 de noviembre de 2009.

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1727 de 2006.

“adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración”, por ser demasiado amplia e indeterminada y permitir incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original.” (Subrayas fuera de texto original)

Así las cosas, la posibilidad de contratación directa por excepción por parte de las entidades hospitalarias de carácter público, debe ser entendida solo en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los servicios de salud; en otros términos, las excepciones a la limitación de contratación propugnan porque el Estado a través de su red hospitalaria no vea limitado su actuar en la prestación de los servicios de salud en eventos catastróficos o de urgencia que se presenten.

Por tanto, las anteriores salvedades no pueden extenderse a los contratos que habitual y ordinariamente celebran las entidades territoriales con las entidades hospitalarias, ya que dichos órganos deben planear y desarrollar su gestión contractual con suficiente antelación para que no sea cobijada por la prohibición de contratación que establece la ley de garantías.

ii.) Competencia de las entidades territoriales en la prestación de los servicios de salud a la población no asegurada y Plan de Intervenciones colectivas.

Habida cuenta que en la consulta formulada se alude a la suscripción de convenios interadministrativos por parte de las entidades territoriales para prestar los servicios de salud a la población no asegurada y lo referente al plan de intervenciones colectivas, la Sala a continuación abordará el estudio de estas materias.

Con la expedición de la Ley 715 de 2001, *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”,* se trasladaron competencias específicas a las entidades territoriales, entre ellas algunas relativas al sector salud, así como también la asignación de los correspondientes recursos a través del Sistema General de Participaciones para la atención de aquellas.

Es así como en el artículo 43 de la mencionada ley se determinó la competencia de los Departamentos en materia de salud. Algunas de las funciones más relevantes son las siguientes:

“ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción,

atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

43.1.1. Formular planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en armonía con las disposiciones del orden nacional.

43.1.2. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que formule y expida la Nación o en armonía con éstas.

43.1.3. Prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción.

43.1.4. Supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.

43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

43.1.6. Adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

43.1.7. Promover la participación social y la promoción del ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.

43.1.8. Modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011. Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos.

43.1.9. Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud para su inclusión en los planes y programas nacionales.

43.1.10. Ejecutar las acciones inherentes a la atención en salud de las personas declaradas por vía judicial como inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, con los recursos nacionales de destinación específica que para tal efecto transfiera la Nación.

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

43.2.3. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación.

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su cargo.

43.2.6. Efectuar en su jurisdicción el registro de los prestadores públicos y privados de servicios de salud, recibir la declaración de requisitos esenciales para la prestación de los servicios y adelantar la vigilancia y el control correspondiente.

43.2.7. Modificado por el artículo 5 de la Ley 1438 de 2011. Avalar los Planes Bienales de Inversiones Públicas en Salud, de los municipios de su jurisdicción, en los términos que defina el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la política de prestación de servicios de salud, cuyo consolidado constituye el Plan Bienal de Inversiones Públicas Departamentales.

43.2.8. Vigilar el cumplimiento de las normas técnicas dictadas por la Nación para la construcción de obras civiles, dotaciones básicas y mantenimiento integral de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de los centros de bienestar de anciano. (...)” (Subrayas fuera de texto)

Como puede observarse, una de las facultades otorgadas a los Departamentos consiste en gestionar la prestación de los servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, la cual se debe garantizar a través de las instituciones prestadoras de servicios de salud, ya sean públicas o privadas, y debe cubrir a dicha población tanto del sector urbano como rural que no esté afiliada al régimen contributivo, ni financiada con recursos del régimen subsidiado.

En cuanto a lo que debe entenderse por población pobre el artículo 49 ibídem la define así:

“Artículo 49. *Distribución de los recursos de la participación para la prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda.*

(...)

Para los efectos del presente artículo se entiende como población pobre por atender, urbana y rural de cada distrito, municipio o corregimiento departamental, la población identificada como pobre por el Sistema de Identificación de Beneficiarios que defina el Conpes, no afiliada al régimen contributivo o a un régimen excepcional, ni financiada con recursos de subsidios a la demanda. (...) (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con posterioridad se profirió la Ley 1122 de 2007, “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en cuyo artículo 20 dispuso:

“ARTÍCULO 20. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD A LA POBLACIÓN POBRE EN LO NO CUBIERTO POR SUBSIDIOS A LA DEMANDA. *Las Entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. Cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.*

PARÁGRAFO. *Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.”*

Al decidir sobre la Constitucionalidad de la anterior disposición, la Corte Constitucional en sentencia C- 1042 de 2007, puntualizó:

“La norma acusada dispone que las entidades territoriales contratarán con Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas, la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda. No obstante lo anterior, cuando la oferta de servicios no exista o sea insuficiente en el municipio o en su área de influencia, la entidad territorial, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o por quien delegue, podrá contratar con otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud debidamente habilitadas.

*Al respecto, esta Corporación entiende que la disposición demandada persigue dos objetivos: (i) que, como **regla general**, la contratación para la prestación de los servicios de salud para la población más pobre no asegurada se lleve a cabo por las Empresas Sociales del Estado ESE; y (ii) que como **excepción**, y bajo la configuración de determinados supuestos fácticos, aquella pueda ser contratada con particulares que garanticen la prestación oportuna, eficiente y adecuada del servicio.”*

Visto lo anterior, se concluye que el legislador estableció el mecanismo o la forma de contratación que debían observar las entidades territoriales para la prestación de los servicios de salud a la población pobre, es decir, aquella que no esté afiliada al régimen contributivo, ni financiada con recursos del régimen subsidiado, habilitando para ello la celebración de convenios, en primer término, con las Empresas Sociales del Estado y ante la ausencia o insuficiencia de los mismos, celebrar contratos con particulares.

Además, si bien la norma determina la entidad con la cual se puede celebrar el contrato – Empresa Social del Estado- para la prestación de los servicios enunciados, no lo es menos que la misma no obliga ni impone un imperativo para la celebración del convenio correspondiente con esta entidad, toda vez que el ente territorial deberá verificar y establecer que esté habilitada la ESE para la prestación de los mismos, pero, además, que los servicios que se requieran existan y sean suficientes.

Aunado a lo anterior, la entidad territorial podrá celebrar el convenio correspondiente con fundamento en los servicios que requiera contratar para lograr su debida prestación, lo cual implica que deberá escoger entre las Empresas Sociales del Estado, ya sea de nivel municipal, distrital, departamental o nacional, que garanticen la prestación de los mismos.

De otra parte, como en la consulta formulada se alude al Plan de Intervenciones Colectivas (PIC), debe precisarse que el mismo se denominó inicialmente Plan de Atención Básica, cuya regulación quedó establecida en el artículo 43 de la Ley 715 de 2011, numeral 43.3.4., en el cual se le otorgó como atribución de los Departamentos la de “*Formular y ejecutar el Plan de Atención Básica departamental.*”; igualmente en el numeral 44.3.1. del artículo 43 ibídem, se le atribuyó como facultad a los municipios la de “*formular, ejecutar y evaluar el Plan de Atención Básica municipal*”.

En el artículo 46 de la misma ley se determinó que los municipios y los distritos debían elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en dicho artículo. Al respecto la norma en comento dispone lo siguiente:

“Artículo 46. Competencias en Salud Pública. *La gestión en salud pública es función esencial del Estado y para tal fin la Nación y las entidades territoriales concurrirán en su ejecución en los términos señalados en la presente ley. Las entidades territoriales*

tendrán a su cargo la ejecución de las acciones de salud pública en la promoción y prevención dirigidas a la población de su jurisdicción.

Los distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley, hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. Para tal fin, los recursos que financiaban estas acciones, se descontarán de la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado, en la proporción que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, con el fin de financiar estas acciones. Exceptúase de lo anterior, a las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas.

Los municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al Plan de Atención Básica las acciones señaladas en el presente artículo, el cual deberá ser elaborado con la participación de la comunidad y bajo la dirección del Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud. A partir del año 2003, sin la existencia de este plan estos recursos se girarán directamente al departamento para su administración. Igual ocurrirá cuando la evaluación de la ejecución del plan no sea satisfactoria.

La prestación de estas acciones se contratará prioritariamente con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas vinculadas a la entidad territorial, de acuerdo con su capacidad técnica y operativa.

El Ministerio de Salud evaluará la ejecución de las disposiciones de este artículo tres años después de su vigencia y en ese plazo presentará un informe al Congreso y propondrá las modificaciones que se consideren necesarias.”

El Plan de Atención Básica en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, quedó definido en el artículo 3 de la Resolución 4288 de 1996 como el “conjunto de actividades, intervenciones y procedimientos, de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, vigilancia en salud pública y control de factores de riesgo dirigidos a la colectividad.”

Posteriormente, dentro del Plan Nacional de Salud Pública previsto en el artículo 33 de la Ley 1122 de 2007, se consagró que el mismo debía incluir “Las actividades colectivas que estén a cargo de la Nación y de las entidades territoriales con recursos destinados para ello, deberán complementar las acciones previstas en el Plan Obligatorio de Salud. El Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, reemplazará el Plan de Atención Básica.”

Mediante la Resolución 518 de 24 de febrero de 2015, “Por la cual se dictan disposiciones en relación con la Gestión de la Salud Pública y se establecen directrices para la ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas – PIC”, el Ministerio de Salud y Protección Social diseñó las directrices para la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas. En su artículo 8 se encargó de definir

el PIC; en el artículo 9 desarrolla los principios del Plan; en el artículo 11 se determinan las responsabilidades del Ministerio de Salud, de los Departamentos, Distritos y Municipios y de las Instituciones contratadas para su ejecución; en el artículo 13 se determinan cuáles son los contenidos del PIC y, por último en el artículo 14, se regula lo relativo a la contratación del plan de salud pública de intervenciones colectivas departamental, distrital y municipal.

Las normas más relevantes para la presente consulta son las siguientes:

“Artículo 8. Definición del PIC. Es un plan complementario al Plan Obligatorio de Salud -POS y a otros beneficios, dirigido a impactar positivamente los determinantes sociales de la salud e incidir en los resultados en salud, a través de la ejecución de intervenciones colectivas o individuales de alta externalidad en salud definidas en la presente resolución, desarrolladas a lo largo del curso de vida, en el marco del derecho a la salud y de lo definido en el Plan Decenal de Salud Pública PDSP.”

“ARTÍCULO 14. Contratación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas Departamental, Distrital y Municipal. Las intervenciones colectivas se contratarán con las instituciones que tengan capacidad técnica y operativa, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 15 de la presente resolución y cumpliendo con la normatividad vigente en materia de contratación estatal, para lo cual tendrá en cuenta lo siguiente:

14.1. La entidad territorial contratará prioritariamente con las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el territorio (incluye las IPS indígenas), las acciones del PIC para las cuales tenga capacidad técnica y operativa.

14.2. Cuando la IPS pública ubicada en el territorio no esté en capacidad de ejecutar algunas acciones del PIC, la entidad territorial podrá contratarlas con Empresas Sociales del Estado de municipios vecinos. Del mismo modo, podrá contratarlas cuando por su ubicación geográfica, estas IPS estén en mejor capacidad de garantizar el acceso de la población a dichas intervenciones.

14.3. En el evento de que las IPS públicas no cuenten con la capacidad técnica y operativa, la entidad territorial podrá contratar las acciones del PIC con instituciones prestadoras de salud privadas ubicadas en el municipio, organizaciones no gubernamentales (ONG), universidades y otras entidades privadas cuyo objeto social esté relacionado con la prestación de las acciones que se contraten, siempre y cuando cumplan los criterios definidos en el artículo 15 de la presente resolución. En estos casos, se acudirá a los parámetros de selección previstos en la normativa vigente sobre la materia.

PARÁGRAFO 1o. La institución que sea contratada para ejecutar las acciones PIC no podrá subcontratarlas. Sin embargo, podrá contratar las actividades de apoyo que permitan la ejecución de las intervenciones, procedimientos, actividades y adquisición de insumos, descritos en el Anexo Técnico que hace parte integral de la presente resolución.

PARÁGRAFO 2o. Se podrán realizar alianzas entre dos o más municipios para la contratación de intervenciones colectivas en el marco de estrategias conjuntas de salud pública, que tengan un alcance regional o que permitan optimizar esfuerzos y recursos.”

Sobre la oportunidad para celebrar los correspondientes convenios del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas –PIC-, el artículo 16 de la aludida Resolución determinó:

ARTÍCULO 16. OPORTUNIDAD EN LA CONTRATACIÓN. *En el marco del plan financiero territorial de salud, las entidades territoriales deberán garantizar la continuidad de las intervenciones, procedimientos, actividades e insumos del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, mediante la contratación oportuna del mismo. Este Ministerio realizará el seguimiento de los recursos de Salud Pública del Sistema General de Participaciones (SGP), observando la oportunidad en la incorporación y ejecución de los mismos, usando la información reportada trimestralmente a través del Formulario Único Territorial (FUT). Igualmente, informará de los resultados a las entidades de vigilancia y control correspondientes.”*

De acuerdo con el anterior marco normativo, las entidades territoriales – departamentos y municipios- deberán garantizar los servicios de salud a la población pobre no asegurada, para lo cual deben celebrar los correspondientes convenios interadministrativos o contratos con las Empresas Sociales del Estado que hayan sido habilitadas o cuenten con la capacidad técnica y operativa, o en su defecto, con los particulares, quienes brindarán la atención a dicha población. Por tanto, las entidades territoriales no pueden ser consideradas como entidades sanitarias, pues no ostentan tal carácter, en virtud a las competencias que les han sido asignadas.

Para el desarrollo del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC), relacionado con acciones de promoción y prevención de la salud de la población, las entidades territoriales deben celebrar los contratos para tal fin con las Empresas Sociales del Estado que cuenten con capacidad técnica y operativa ubicadas en su territorio, o en su defecto, con Empresas Sociales del Estado de municipios vecinos y cuando estas no cuenten con capacidad técnica y operativa podrá contratarse con instituciones prestadoras de servicios de salud privadas, organizaciones no gubernamentales y universidades que estén situadas en el municipio, y que tengan la capacidad para adelantar dicha labor.

La prestación de los servicios de salud antes enunciados requieren de la correspondiente gestión contractual por parte de las entidades territoriales, lo que implica que de forma oportuna deben diseñar el proceso contractual, de manera que el mismo no surja de una actuación improvisada y carente de planificación, que se vea limitado por la prohibición establecida en la ley de garantías.

iii.) Conclusiones

De acuerdo con las normas analizadas, la prohibición de contratación prevista en la Ley de garantías es de carácter temporal (4 meses antes de la elección), se circunscribe a la contratación directa y a los contratos interadministrativos que realicen todos los Entes estatales. Estas prohibiciones se extienden a los Gobernadores, Alcaldes municipales y/o distritales, Gerentes o Directores de Entidades descentralizadas del orden Departamental, Distrital o Municipal de celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos, con lo cual se pretende evitar que la actividad contractual de las entidades públicas se desarrolle en favor de quienes participan en los certámenes electorales, con la finalidad que estos se desarrollen de manera transparente e imparcial.

Se excluyen de la anterior limitación las entidades públicas que presten servicios destinados a preservar la salud pública o humana, solamente en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los servicios de salud, en los cuales podrán celebrar contratación directa.

La prestación de los servicios de salud para la población no asegurada, así como el Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC), requiere de la celebración del correspondiente convenio interadministrativo o contrato por parte de las entidades territoriales con las Empresas Sociales del Estado que cuenten con la capacidad para ello y que estén ubicadas en el municipio, o en su defecto con particulares habilitados para su prestación.

Finalmente, la Sala llama la atención a las entidades territoriales a las que les corresponde contratar los servicios de salud objeto de la presente consulta, para que en forma oportuna y con la debida antelación, a través de un ejercicio de planeación⁴, prevean las contingencias que se puedan derivar de la limitación que sobre la gestión contractual impone la ley de garantías, lo cual no es una situación imprevisible, razón por la cual se les exhorta para que en lo sucesivo planeen con la debida anticipación la celebración de los contratos y convenios correspondientes para la prestación de esos servicios, observando las limitaciones que impone el ordenamiento jurídico.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

⁴ En lo que concierne a la planeación, este ha sido destacado como un principio orientador de la contratación estatal, a través del cual se busca que las entidades del Estado desarrollen sus cometidos en procura de lograr el interés general, evitando que los contratos sean producto del afán o la improvisación tendiente a gastar el presupuesto público.

1. *¿Al entrar en vigencia la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, pueden los entes territoriales suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado, para prestar servicios de salud a la población no asegurada y las acciones de salud que se brindan a la colectividad a través del Plan de Intervenciones Colectivas – PIC, teniendo en cuenta que es el legislador quien ha ordenado esa contratación y que por ende la misma no emana de la autonomía de la voluntad de los contratantes?*
2. *¿Al confluir para las elecciones presidenciales las restricciones contempladas en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y las restricciones establecidas en el artículo 33 ibídem, pueden los Entes territoriales como entidades sanitarias que son y las Empresas Sociales del Estado en su carácter de Entes Hospitalarios celebrar entre si contratación directa, es decir, convenios interadministrativos, con el fin de cumplir con la obligación legal de prestar servicios de salud, acogiéndose a la excepción establecida en el artículo 33 de la referida Ley?*

Por su unidad temática, la Sala contestará las dos preguntas formuladas en los siguientes términos:

Durante la vigencia de la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, las entidades territoriales no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud a la población no asegurada, así como tampoco para el desarrollo y ejecución del Plan de Intervenciones Colectivas, de conformidad por lo expuesto en este concepto.

Se exceptúa de la anterior prohibición la prestación de los servicios de salud en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los mismos.

Debe precisarse que el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 no habilita a las entidades territoriales para inobservar las prohibiciones que en materia de contratación establece la Ley de Garantías Electorales. Esta norma solamente dispone que las entidades territoriales pueden contratar con un sujeto calificado –Empresas Sociales del Estado o en su defecto con instituciones prestadoras de salud habilitadas- la prestación de los servicios de salud para la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con lo cual se garantice su prestación.

Además, toda vez que las entidades territoriales no son entidades sanitarias, no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud. Por lo tanto, no les es aplicable la excepción prevista en el artículo 33 de la Ley 909 de 2005.



Remítase al señor Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala