

Concepto sobre la contratación de las acciones que la Ley (en especial la Ley 715 de 2001 y la Ley 1122 de 2007) ordena se contraten con las Empresas Sociales del Estado en el marco de la Ley de garantías electorales

Elaborado por: Gleison Pineda Castro¹

A. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ESE.

La naturaleza jurídica de los hospitales fue transformada a partir de la Ley 100 de 1993, donde se previó que *“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”* (art. 194).

Las ESE constituyen el mecanismo a través del cual las entidades territoriales pueden cumplir con las competencias en materia de salud, entre las cuales se encuentran las referidas a la salud pública. Si bien a partir de la Ley 100 de 1993 se les convirtió en entidades descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, ello no implica que se les pueda abandonar, sino que la inyección de recursos ya no se realiza directamente a su presupuesto; sino utilizando como mecanismo la contratación de los servicios que se pretende prestar a través de la infraestructura creada por la misma entidad territorial (al respecto ver el art. 239 *ibidem*²).

Así, el art. 238 *ibidem* prevé que *“las direcciones seccionales, distritales y locales de salud garantizarán la celebración de contratos de compra-venta de servicios con los hospitales para atender la población que se les asigne”*. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de que, como entidades públicas que son, puedan recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales, como lo señala el art. 195, numeral 8 de la misma ley. Sobre estos contratos y la

¹ Abogado. Dirección de Promoción y Prevención.

² Ley 100 de 1993: **“ARTICULO. 239.-De las entidades territoriales.** *En forma gradual, las entidades territoriales organizarán el régimen de subsidios en un plazo máximo de dos (2) años a partir de la vigencia de esta ley, de tal forma que una parte creciente de los ingresos de las instituciones prestadoras provenga de la venta de servicios de los planes de salud del sistema general de seguridad social en salud.*

Para este fin, las direcciones seccionales, distritales y municipales deberán presentar al Ministerio de Salud como parte del plan de ampliación de coberturas, mejoramiento de calidad y descentralización de que trata el artículo 13 y 14 de la Ley 60 de 1993, las condiciones y términos de transición para la sustitución de transferencias por la contratación de servicios y la implementación de los subsidios a la demanda en salud.” (subrayado no original)

viabilidad de las transferencias, también puede consultarse el art. 69 de la Ley 179 de 1994 (compilado como art. 123 del Estatuto Orgánico de Presupuesto), el cual señala:

*“**Artículo 123.** Los recursos que se producen a favor del fondo de solidaridad y garantía en desarrollo del mecanismo de compensación y promoción de que trata el artículo 220 de la Ley 100 de 1993, no se constituirán en sujeto de obligación de incluirse en el presupuesto general de la Nación.*

La programación de los recursos de las empresas sociales del Estado, se realizará bajo un régimen de presupuestación basado en eventos de atención debidamente cuantificados, según la población que vaya a ser atendida en la respectiva vigencia fiscal, el plan o planes obligatorios de salud de que trata la Ley 100 de 1993 y las acciones de salud que le corresponda atender conforme a las disposiciones legales.

Las empresas sociales del Estado podrán recibir transferencias directas de la Nación, de las entidades territoriales. No obstante, para efectos de la ejecución presupuestal, las entidades territoriales, en sus respectivos ámbitos de jurisdicción, celebrarán los convenios de que trata el artículo 238 de la Ley 100 de 1993 y establecerán los planes sustitutivos de recursos para la financiación de las empresas sociales del Estado, en los términos del artículo 219 de la Ley 100 de 1993.

Las entidades territoriales podrán pactar con las empresas sociales del Estado la realización de reembolsos, contraprestación de servicios y de un sistema de anticipos, siempre que estos últimos se refieran a metas específicas de atención...”

Para comprender mejor este aspecto, téngase en cuenta que el parágrafo del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 señala:

“(...) Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servicios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental (...)”.

En el mismo sentido, el parágrafo del art. 2 del Decreto 4973 de 2009, señala que:

“Se entiende por asumir directamente nuevos servicios de salud o ampliar los existentes, la creación de Empresas Sociales del Estado del nivel municipal o la creación o ampliación de los servicios habilitados en las existentes.

Sin embargo, si en concepto del departamento se requiere la ampliación de los servicios en un municipio certificado para gestionar la prestación de servicios de salud, esta ampliación se realizará a través de las Empresas Sociales del Estado existentes que operen en el área de influencia del departamento. Estas modificaciones deben ser aprobadas por las autoridades nacionales correspondientes de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia.”

Bajo el mismo objetivo, la Ley 1122 de 2007, en su art. 26, prevé:

“La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud. En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado.”

Es claro entonces que las ESE no son una institución aislada o independiente de la estructura departamental, distrital o municipal, sino que hace parte de la gestión de la entidad territorial para la prestación de los servicios que están bajo su competencia en materia de salud y salud pública.

Las ESE han sido con una misión que más allá de lo comercial³, se orienta a contribuir en la garantía de un derecho humano, el derecho a la salud previsto en el art. 49 de la Constitución Política y regulado por la Ley 1751 de 2015, principalmente para la población en mayor situación de vulnerabilidad (**población no afiliada al sistema o afiliada a través del régimen subsidiado**), cuyos servicios son en buena medida contratados con las ESE, **por disposición legal**, como veremos a continuación.

B. OBLIGATORIEDAD DE CONTRATAR CON LAS ESE.

En concordancia con lo anterior, hay varias normas que disponen expresa y claramente que ciertos servicios son de obligatoria contratación con las ESE⁴ con influencia en la entidad territorial. Entre tales casos podemos ver los siguientes:

1. LA LEY 715 DE 2001.

Es ley orgánica (de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política - Acto Legislativo 01 de 2001), en materia de recursos y competencias para la prestación de los servicios de salud. Respecto de los servicios cuya contratación con las ESE es obligatoria, tenemos:

³ En muchos casos no han logrado desarrollar capacidades para desempeñarse en un mercado de libre competencia; al respecto véase la Ley 1122 de 2007, la cual se pronuncia sobre aquellos eventos en que las ESE, por las condiciones del mercado, no logran subsistir autónomamente.

“Artículo 27. Regulación de las Empresas Sociales del Estado. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses a partir de la vigencia de la presente ley, los siguientes aspectos: ...

c) Las condiciones y requisitos para que la Nación y las entidades territoriales puedan transferir a las Empresas Sociales del Estado (ESE), recursos cuando por las condiciones del mercado las ESE, en condiciones de eficiencia, no sean sostenibles”.

⁴ El Decreto 4972 de 2007 señala que para efectos de contratación de servicios que la ley ordena que deben realizarse con las ESE, las IPS indígenas reciben tratamiento de tales, así: *“Artículo 1°. Instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas, IPS Indígenas. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 691 de 2001 y para los efectos señalados en el literal f) del artículo 14 y los artículos 16 y 20 de la Ley 1122 de 2007, sobre la contratación de servicios de salud, las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado les darán a las instituciones prestadoras de servicios de salud indígenas (IPSI) tratamiento de empresas sociales del Estado.”* (subrayado no original)

1.1 Las DTS deben contratar la ejecución del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas – PIC.

*“**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 municipios y distritos deberán elaborar e incorporar al **Plan de Atención Básica**⁵ 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...*

*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”.*⁶

1.2 Las Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud deben contratar no menos del 40% de la UPC-S.⁷

*“**Artículo 51. Contratación de la prestación de servicios en el régimen subsidiado.** Las entidades que administran los recursos del Régimen Subsidiado de Salud contratarán y ejecutarán con las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato no menos del 40% del valor de la Unidad de Pago por Capitación subsidiada efectivamente contratadas por la respectiva entidad administradora del régimen subsidiado. En el caso de existir en el municipio o distrito respectivo hospitales públicos de mediana o alta complejidad del orden territorial dicha proporción no será menor al 50%. Todo lo anterior siempre y cuando la entidad territorial cuente con la oferta pública que le permita prestar los servicios a financiar con dichos porcentajes.”*

1.3 Las DTS (de Vichada, Guainía, Vaupés y Guaviare) deben contratar la prestación de los servicios de salud de primer nivel y los de prevención en salud (artículo adicionado por la Ley 1176 de 2007 que modificó la Ley 715 de 2001).

*“**Artículo 35.** Los recursos del Sistema General de Participaciones girados a los departamentos del Vichada, Guainía, Vaupés y Guaviare, con sus respectivos municipios, destinados a prestar servicios de salud de primer nivel y prevención en salud, serán contratados por ellos exclusivamente con la red*

⁵ La Ley 1122 de 2007, en su art. 33 estableció que “h) *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**”.* (resaltado no original)

⁶ Con la Resolución 518 de 2015 este Ministerio estableció las reglas que deben tener en cuenta las Direcciones Territoriales de Salud para contratar con las Empresas Sociales del Estado la ejecución de las acciones del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas – PIC.

⁷ Esta numeral debe leerse en contexto con lo señalado en el numeral 2.2. esto es art. 16 de la Ley 1122 de 2007.

hospitalaria pública existente en el lugar, siempre que tengan los servicios disponibles y estos sean prestados en forma eficiente con tarifas competitivas y de buena calidad. El Ministerio de la Protección Social podrá diseñar planes de seguimiento para el cumplimiento de esta norma".

2. LA LEY 1122 DE 2007.

Regula algunos aspectos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS. Respecto de los servicios cuya contratación con las ESE es obligatoria, tenemos:

2.1 Las EPS-S deben contratar los servicios para la atención de Promoción y Prevención del POS-S.

“Artículo 14. Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud...

f) El valor total de la UPC del Régimen Subsidiado será entregado a las EPS del régimen subsidiado. Las actividades propias del POS subsidiado incluidas las de promoción y prevención serán ejecutadas a través de las EPS del Régimen Subsidiado. La prestación de los servicios para la atención de Promoción y Prevención se hará a través de la red pública contratada por las EPS del Régimen Subsidiado del respectivo municipio. Cuando las ESE no tengan capacidad para prestar estos servicios de promoción y prevención o cuando los resultados pactados entre EPS del Régimen Subsidiado y las ESE se incumplan, estos servicios podrán prestarse a través de otras entidades, previa autorización del Ministerio de la Protección Social o en quien este delegue. Los municipios acordarán con las EPS del Régimen Subsidiado los mecanismos para que las atenciones en salud y de promoción y prevención se efectúen cerca a la residencia del afiliado, con agilidad y celeridad”.

2.2 Las EPS-S deben contratar un mínimo porcentual del gasto en salud: las del régimen subsidiado (60%)⁸ y las públicas del Régimen Contributivo (60%).

“Artículo 16. Contratación en el Régimen Subsidiado y EPS Públicas del Régimen Contributivo. Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%). Lo anterior estará sujeto al cumplimiento de requisitos e indicadores de calidad y resultados, oferta disponible, indicadores de gestión y tarifas competitivas. Las Entidades Promotoras de Salud de naturaleza pública del Régimen Contributivo, deberán contratar como mínimo el 60% del gasto en salud con las ESE escindidas del ISS

⁸ ver reglamentación en el Decreto 1020 de 2007, artículos 6 y ss.

siempre y cuando exista capacidad resolutive y se cumpla con indicadores de calidad y resultados, indicadores de gestión y tarifas competitivas...⁹

2.3 Las DTS deben contratar la atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda.

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.

⁹ La reglamentación de esta norma se encuentra en el Decreto 1020 de 2007, así:

“Artículo 7°. De la contratación obligatoria con empresas sociales del Estado. Para efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, las EPS contratarán de manera obligatoria y efectiva con empresas sociales del Estado ESE, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) del gasto en salud. Para establecer dicho porcentaje, se tendrá en cuenta el valor resultante de restar al valor total de la UPC-S, la proporción para gastos de administración determinada en la normatividad vigente.

Artículo 8°. Aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la contratación obligatoria y efectiva. Para efectos de cumplir con el porcentaje mínimo del 60% de contratación obligatoria y efectiva, del gasto en salud con empresas sociales del Estado ESE, las EPS, deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. El porcentaje mínimo de contratación deberá ser cumplido mediante contratación de los servicios de baja, mediana o alta complejidad establecidos en el POS-S con empresas sociales del Estado de la región donde opera la EPS, que los tengan habilitados y que garanticen condiciones de acceso, calidad y oportunidad.

2. Los servicios deberán ser incluidos en el porcentaje mínimo en el siguiente orden:

a) Los servicios del plan obligatorio de salud subsidiado POS-S correspondientes al primer nivel de complejidad, incluidas las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública.

b) Los servicios del plan obligatorio de salud subsidiado POS-S correspondientes a los otros niveles de complejidad, incluidas las actividades, procedimientos e intervenciones de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública.

La contratación que se efectúe con cada empresa social del Estado, deberá tener en cuenta los servicios de salud habilitados por la misma.

Artículo 9°. Incumplimiento de los indicadores pactados. Si durante la ejecución del contrato, entre la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado - EPS y la empresa social del Estado se incumplen los indicadores pactados contractualmente, en términos de calidad, oportunidad y acceso, la EPS podrá contratar con otra(s) IPS previa verificación del incumplimiento y concepto del Ministerio de la Protección Social o de la entidad en quien éste delegue.

No se requerirá de concepto, cuando en desarrollo del sistema de evaluación por resultados establecido en el artículo segundo de la Ley 1122 de 2007, se encuentre incumplimiento de los indicadores por parte de una ESE.

Parágrafo. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento del sesenta por ciento (60%) del gasto en salud con las empresas sociales del Estado de la región en que opera la EPS.”

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.

Las normas citadas, dejan claro que si las entidades territoriales crean las ESE para la prestación de los servicios que les compete, o amplían sus servicios, y luego tales servicios se van a contratar con otras instituciones, esas contrataciones serían contrarias a los preceptos de la Ley 715 de 2001 y Ley 1122 de 2007.

Así, solo se puede dejar de contratar con las ESE en las situaciones específicamente previstas en la norma, relacionadas con la falta de capacidad o insuficiencia de servicios ofrecidos por la entidad; aún más cuando ha sido la misma entidad territorial la que al crear la ESE ha generado dichos servicios y capacidades¹⁰. Ir en contravía de lo anterior, sería desconocer la finalidad de las normas que han previsto que las inversiones públicas en salud que tienen a cargo las entidades territoriales, deben ser ejecutadas a través de sus ESE.

C. LA CONTRATACIÓN NO VULNERA LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES.

De conformidad con la Ley 996 de 2005, conocida como la Ley de Garantías Electorales, durante los cuatro meses anteriores a la elección de presidente de la república y hasta la elección del mismo (en primera o segunda vuelta), **queda prohibida la contratación directa** por parte de las entidades públicas (art. 33). Asimismo, durante los cuatro meses anteriores a toda otra elección y hasta el día de la elección, queda prohibida la **contratación interadministrativa** por parte de las gobernaciones, alcaldías y toda entidad pública del orden territorial (parágrafo del art. 38)¹¹.

¹⁰ Incluso, a pesar que las Empresas Sociales del Estado en su conformación tienen autonomía administrativa y financiera, éstas de acuerdo a su naturaleza y dependencia territorial (Art. 20, Decreto 1876 de 1994), están adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o municipal correspondiente. En este sentido, la responsabilidad de que la ESE tenga las capacidades necesarias para el cumplimiento de sus funciones, recae no solamente en el gerente de la misma sino también, en la Entidad Territorial.

¹¹ Colombia Compra Eficiente, en Circular Externa No. 18 del 12 de junio de 2015, precisó que:

“2. Conclusiones

Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, así como las entidades en las que participen como miembros de sus juntas directivas:

- *No pueden celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos desde el 25 de junio de 2015 hasta el 25 de octubre de 2015.*
- *Pueden realizar cualquier otro Proceso de Contratación, incluyendo la contratación directa, siempre y cuando no implique celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.*
- *Las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de convenios o contratos interadministrativos suscritos antes del período de restricción previsto por el parágrafo del artículo 38 de la Ley de*

Ahora, de acuerdo con la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Único 1082 de 2015, el mecanismo de selección para la contratación entre entidades públicas es la contratación directa, en modalidad de contrato o convenio interadministrativo¹².

Como se mostró en el literal B) de este concepto, si la ESE con influencia en la entidad territorial **está en capacidad de ejecutar** las acciones requeridas, por disposición legal no podría realizarse convocatoria pública para la contratación de las mismas, por cuanto tal conducta sería violatoria de la Ley 715 de 2001 y Ley 1122 de 2007, en cuanto disponen claramente que tales servicios se “**deben**” contratar con las ESE.

De conformidad con lo antes expuesto, dado que las contrataciones antes referidas responden a un mandado legal en el que se precisa, tanto el objeto de la contratación como las partes, la realización de estas contrataciones, mediante contratación directa (convenios y contratos interadministrativos) no es violatoria de la ley de garantías electorales. Pues, solo podrá realizarse convocatoria pública en los eventos específicamente previstos en la ley, los cuales se relacionan con la falta de capacidad de las ESE y, en algunos casos, exigen autorización de este Ministerio.

Lo anterior halla respaldo en lo definido por el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto No. 1738 del 6 de abril de 2006, con ponencia del consejero Enrique José Arboleda Perdomo, donde se pronunció sobre la aplicabilidad de la ley de garantías electorales respecto de los contratos interadministrativos con la Imprenta Nacional.

Lo anterior a partir de lo previsto por la Ley 109 de 1994, en cuyo art. 5 prevé que “*Los ministerios, los Departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos del orden nacional y organismos de las ramas legislativa y judicial, están obligados a contratar sus publicaciones e impresos... con la Imprenta Nacional de Colombia*” (Subrayado no original).

Al respecto señaló el Consejo de Estado que:

Garantías están permitidas, siempre que tales prórrogas, modificaciones, adiciones y cesiones cumplan los principios de planeación, transparencia y responsabilidad.” (negrilla no original).

¹² El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto con 2191 Adición de 3 de diciembre de 2013, con ponencia del consejero Álvaro Namén Vargas, sobre las restricciones del artículo 33 de la Ley 996 de 2005, señaló lo siguiente:

“Esta Sala ha entendido que para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado “contratación directa” es sinónimo de cualquier sistema que no implique convocatoria pública y posibilidad de pluralidad de oferentes, y que, además, no necesariamente hace referencia al procedimiento especial regulado por la ley de contratación estatal, sino a cualquier otro que prescinda de un proceso de licitación pública o concurso. Por tanto, no son materia de la prohibición las demás modalidades de selección previstas en la ley 1150 de 2007, a saber: la licitación pública, el concurso de méritos y la selección abreviada. Por tal razón en ese periodo de restricción podrá seguir contratando bajo estos sistemas.”(subrayado no original)

“... este tipo de contratación debe realizarse cuando sea ordenada por la ley para las dos entidades, como se verá al tratar el tema de la publicación de la Gaceta del Congreso”...

Esta norma, obliga a los "organismos" de la Rama Legislativa, esto es el Congreso de la República, a contratar con la Imprenta Nacional la publicación de la Gaceta del Congreso. Se hace notar, que este contrato regula las relaciones jurídicas entre dos órganos del Estado que desarrollan en ejercicio de sus obligaciones legales, el Congreso para cumplir el procedimiento legislativo, y el Imprenta para ejercer su función administrativa de imprimir los actos o documentos oficiales que requieran de este requisito. Es claro que la ley ordena que la regulación de dicha relación interadministrativa se efectúe por el mecanismo de una convención, pero también es claro que este contrato no se celebra en ejercicio de la autonomía de la voluntad ni con el fin de cumplir la misión industrial, comercial o de gestión propia de la Imprenta Nacional. En este caso, el contrato se celebra como un mero instrumento que le posibilita el desarrollo de las funciones públicas ordenadas por la ley a ambas entidades Estatales.

En este orden de ideas, celebrar o prorrogar el contrato entre la Cámara de Representantes y la Imprenta Nacional no puede ser violatorio de la restricción a la contratación directa contenida por Ley 996 de 2005, pues las entidades públicas que lo suscriban están cumpliendo sus funciones y la orden dada por el legislador. (Subrayado no original)

En este mismo sentido, las disposiciones jurídicas señaladas en relación con la obligación de contratar ciertos servicios con las ESE, son de naturaleza similar a las que señalan que las entidades públicas del orden nacional están obligadas a contratar sus publicaciones e impresos con la Imprenta Nacional de Colombia (art. 5 de la Ley 109 de 1994). Al igual que las señaladas en materia de salud, la Ley 109 de 1994 prevé unas situaciones en las cuales se podría contratar con otras entidades, esto es: cuando se acredite que las condiciones de precio y/o plazo en el sector privado son más favorables, cuando la Imprenta no pueda atender los requerimientos del solicitante o cuando la Imprenta no conteste la petición en 10 días hábiles. En este evento (al igual que en algunos de los referidos temas de salud), se requiere autorización para la no contratación con la entidad referida, autorización que imparte la misma Imprenta Nacional de Colombia¹³.

Recuérdese que para algunos eventos de los estudiados en materia de salud, la contratación de las ESE puede obviarse. Estas son: si las ESE no cuentan con capacidad técnica u operativa (para ejecución de las acciones del PIC); si no tienen los servicios disponibles (para servicios de primer nivel y los de prevención en salud); si no tienen capacidad para la prestación o los resultados pactados entre las EPS-S y las ESE no se han incumplido (para

¹³ Al respecto el referido art. 5 de la Ley 109 de 1994 señala:

“... Cuando la Imprenta Nacional de Colombia, en los trabajos previstos en el numeral 3° del artículo 4° de la presente ley, no pueda atender los requerimientos del solicitante, o éste acredite previamente con las respectivas cotizaciones que las condiciones de precio y/o plazo en el sector privado son más favorables, lo autorizará para contratar el trabajo con terceros. El trámite de las cuentas de cobro deberá llevar anexa, en estos casos, la respectiva certificación expedida por la Imprenta Nacional de Colombia. Las entidades a que hace referencia la presente ley también están autorizadas para contratar con terceros si la Imprenta Nacional de Colombia no responde su petición en el término de diez (10) días hábiles contados de la fecha de recibo de la respectiva solicitud.”

servicios de promoción y prevención subsidiado)*; si no tienen la capacidad resolutive (para el mínimo porcentual del gasto en salud del subsidiado); si la oferta de servicios no existe o es insuficiente (para atención de la población pobre no asegurada y lo no cubierto por subsidios a la demanda)*.

* Debe resaltarse que incluso, para los eventos subrayados en la anterior enunciación, si se llegare a presentar la circunstancia descrita como posibilidad para no contratar con las ESE, no se puede dejar de contratar con estas entidades, **sino con autorización del Ministerio de Salud y Protección Social**, la cual debe expedirse **de manera previa** a la posible contratación con otra institución.

De conformidad con lo antes expuesto, es claro que existen unos eventos en los cuales la Ley ordena que ciertos servicios de salud y de salud pública deben contratarse con las ESE. Así, los contratos interadministrativos que deban realizarse para tal efecto (parafraseando lo dicho por el Consejo de Estado) no responden al ejercicio de la autonomía de la voluntad respecto de la modalidad contractual, sino que estos contratos se celebran como un mero instrumento que posibilita el desarrollo de las funciones públicas ordenadas por la ley a ambas entidades Estatales. En este orden de ideas, los contratos interadministrativos suscritos con las ESE para los objetos ordenados por la ley, no son violatorios de las restricciones contenidas en Ley 996 de 2005.

Este concepto se expide en cumplimiento de nuestras competencias de prestar asistencia técnica y en el marco del art. 28 de la Ley 1755 de 2015 (que modifica el art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) el cual señala que: *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas **no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución**”.*