

San Gil, Enero 28 de 2022.

REF: CONCEPTO FRENTE CONTRATACIÓN PLAN DE INTERVENCIONES COLECTIVAS EN LEY DE GARANTÍAS – VIABILIDAD CONTRATACIÓN DIRECTA O PROCESO COMPETITIVO PARA CELEBRAR PREVIO AL 28 DE ENERO DE 2022

El Plan de Intervenciones Colectivas es un conjunto de intervenciones, procedimientos y actividades grupales y comunitarias; dirigidas a promover la salud, la calidad de vida, la prevención de la enfermedad y el control de riesgos para la salud de la población. Este tipo de actividades son de imperiosa necesidad su contratación por parte de las entidades territoriales.

No obstante, desde el mes de noviembre de 2021, se encuentra en vigencia la Ley de Garantías – Ley 996 de 2005, la cual dispone frente a las restricciones para contratar:

- Frente a todo tipo de elecciones:
Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

[...]

Parágrafo. Inciso 1º modificado en lo pertinente por el Decreto 1793 de 2021, artículo 127 y por la Ley 2159 de 2021, artículo 124. 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.

- Frente a las elecciones presidenciales:
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.

En este sentido es claro que en la actualidad y al 28 de enero de 2022, se encuentran vigentes las restricciones para contratar contratos y convenios interadministrativos; y a

partir del 29 de Enero de 2021 y hasta finalizar la elección presidencial, estarán restringidos todos los contratos realizados bajo modalidad de contratación directa.

No obstante, frente a las diversas restricciones, se pueden encontrar varias excepciones, las cuales son:

- Defensa y seguridad del Estado.
- Los contratos de crédito público
- Los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres
- 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
- Los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

Habiendo dicho lo anterior, debe realizarse las siguientes precisiones de algunos elementos de análisis jurídicos, con el fin de hacer estudio sobre el procedimiento de contratación a realizarse para la ejecución del plan de intervenciones colectivas (PIC):

1. Contratación por entidades sanitarias y hospitalarias

El Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 define a las entidades sanitarias y hospitalarias como:

*Artículo 2.8.8.1.1.3. [...] **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.*

De acuerdo con la definición traída a colación, esta excepción frente a actividades sanitarias solo procede cuando es dicha entidad sanitaria la contratante dentro del contrato. Por lo que es claro que la misma no se dirige principalmente al objeto de la contratación, si no al sujeto que la realiza.

2. Contratos de prestación de servicios profesionales.

Estos contratos son definidos en el Decreto 1082 de 2015 de la siguiente manera:

*“Artículo 2.2.1.2.1.4.9. **Contratos de prestación de servicios profesionales** y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. [...]

Como puede apreciarse, este tipo de contratos se definen bajo una premisa de “alcance” o “finalidad”, que busca ejecutar actividades de índole intelectual, o de ejecutar actividades de simple ejecución tales como las actividades operativas, logísticas o asistenciales.

Este tipo de contratos por regla general y al tenor del Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 1150 de 2007, son ejecutados bajo la modalidad de “CONTRATACIÓN DIRECTA:

Artículo 2°. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

4. Contratación directa. *La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

[...]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

3. ¿Puede un contrato que busque ejecutar las intervenciones colectivas, asimilarse a un contrato de prestación de servicios profesionales?

Haciendo un análisis superficial de las actividades que pueden contemplar las Intervenciones colectivas, se puede encontrar que las mismas buscan esencialmente:

1. Impartir charlas o capacitaciones
2. Realizar actividades de perifoneo
3. Realizar acompañamiento profesional.

De esta manera, es cierto que las actividades del Plan de intervenciones colectivas armonizadas con el COAI – PAS, pueden considerarse como actividades de índole “PROFESIONAL” o de “APOYO A LA GESTIÓN”, al encuadrarse su finalidad con la definición de estas al tenor del Decreto 1082 de 2015.

4. ¿Puede entonces contratarse el PIC bajo tipología de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, teniendo en cuenta que la figura del Contrato Interadministrativo se encuentra restringida?

La respuesta frente a este interrogante es que no es posible cambiar de tipología de un Contrato Interadministrativo a uno de Prestación de servicios profesionales. Si bien es cierto la naturaleza de las actividades del PIC podría ser de naturaleza profesional, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en concepto de Colombia Compra Eficiente No C-259-2021:

“De acuerdo con lo anterior, el contrato o convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-671 del 28 de octubre 2015, en desarrollo del control automático de constitucionalidad del Decreto legislativo 1773 de 2015, “Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales”, se pronunció respecto de la naturaleza de los convenios interadministrativos en relación con la Ley de Garantías, indicando que:

[...]

Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública.

Si bien los contratos y convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, y en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues una entidad estatal de Ley 80 de 1993 bien puede celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993. En este sentido, debe entenderse por contrato o convenio interadministrativo, aquel celebrado entre dos entidades públicas.”

Ahora bien, los contratos del PIC son suscritos principalmente por las Empresas Sociales del Estado. Frente a este tema es preciso recordar el contenido de la Ley 715 de 2001 frente a las actividades de competencias en salud pública, a lo cual refiere:

“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.

[...]

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” (Negrita propia)

De acuerdo con lo anterior, las actividades del PIC son de obligatoria contratación con prestadoras de servicios de salud **publicas** vinculadas a la entidad territorial. Por ello y teniendo en cuenta que tanto Alcaldías, Gobernaciones como Empresas Sociales del Estado son de naturaleza **pública**, entonces cualquier contrato que se suscriba entre ellas, sin importar su objeto o alcance, serán obligatoriamente considerados de índole **INTERADMINISTRATIVO**.

En consecuencia, al ser el PIC un contrato de naturaleza interadministrativa por la calidad de los contrayentes, este no podría contratarse bajo tipología de prestación de servicios profesionales.

5. **¿Cuál es la mejor manera para contratar el Plan de Intervenciones Colectivas en vigencia de Ley de Garantías?**

Son múltiples conceptos los que han abordado el tema, y que se resumen de la siguiente manera:

- Circular externa 04 del 12 de enero de 2018- Ministerio de Salud:

*2.2.4. La prohibición contenida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 que se aplica a entidades de orden departamental, distrital y municipal, solo recae respecto a la suscripción de convenios y contratos interadministrativos que impliquen ejecución de recursos y, como es ampliamente conocido, se inició el 11 de noviembre de 2017. Por lo tanto, con el fin de garantizar la continuidad de las intervenciones de promoción de salud y prevención de la enfermedad, y teniendo en cuenta el comienzo de la restricción aquí indicada, **se debe acudir a las demás modalidades de contratación autorizadas por la Ley de manera que no se afecte la ejecución de las intervenciones colectivas a cargo de las entidades territoriales.***

Circular que de su análisis léxico no sería clara en cuanto de manera concurrente hace referencia sin diferenciación entre tipología con las demás modalidades, contrario sensu conlleva a una análisis de que de tratarse de una tipología de convenio o contrato interadministrativo cuya modalidad de contratación aplica el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 como causal de modalidad de contratación directa, haría referencia a las modalidades establecidas en los otros numerales. (Licitación, selección abreviada, mínima, entre otras)

- Circular No. 02 del 07 de enero de 2022 – Gobernación de Santander

Teniendo en cuenta lo comunicado en la respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social a través de radicado No 202121041965021 frente a la consulta elevada por la Secretaría de Salud de Santander el día 7 de diciembre de 2021, indicamos que no es viable la suscripción de convenios y contratos interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos, según lo expuesto en el artículo 38 de la ley 996 de 2005; por consiguiente y con el fin de garantizar la continuidad de las intervenciones de promoción de la salud y gestión del riesgo y

teniendo en cuenta la restricción indicada “se debe acudir a las demás modalidades de contratación autorizadas por la ley de manera que no se afecte la ejecución de las intervenciones colectivas a cargo de las entidades territoriales”. (sic)

En este aspecto estaríamos frente a la misma situación o posición de la circular externa 04 del 12 de enero de 2018- Ministerio de Salud, ya que los convenios y contratos interadministrativos son una tipología de contrato, mas no una modalidad. Lo que se itera es que la modalidad utilizada para esta tipología es la contratación directa, lo que conlleva nuevamente a no existir realmente una claridad a respecto sino sobrelleva a realizar un análisis deductivo.

- Concepto respuesta a radicado 202142401487642 del 23 de septiembre de 2021 – Ministerio de Salud.

*“De acuerdo con lo arriba expuesto, no existen excepciones para la aplicación de las restricciones establecidas en la Ley 996 de 2005 para realizar la contratación del **Plan de Intervenciones Colectivas**, se recomienda adelantar los tramites de vigencias futuras para que esta contratación se realice antes del período de aplicación de la ley de garantía para elecciones de congreso o en su defecto adelantar procesos de selección que impliquen convocatoria pública de acuerdo con modalidades de contratación previstas en la normatividad vigente.”*

6. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DEL MINISTERIO DE SALUD QUE CONTRADICEN LAS POSTURAS O TESIS DE LAS CIRCULARES ANTERIORES:

Si bien es cierto los anteriores conceptos ofrecen la teoría de que existe restricción para contratar directamente bajo la figura de contrato interadministrativo, y que debe acudirse a un proceso competitivo a partir del 13 de noviembre de 2021; es cierto igual que el Ministerio de Salud también conceptuó algo totalmente distinto con las demás posiciones previamente suscitadas.

En concepto denominado “**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 el por Gleison Pineda Castro parte del *Grupo de Gestión para la Promoción de la Salud y la Prevención de la enfermedad Dirección de Promoción y Prevención*, entregaron los siguientes apuntes:

“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 Básica⁵ 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

[...]

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.**

[...]

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.”

El mencionado concepto claramente señala que no existe ninguna restricción para contratar los Planes de Intervenciones Colectivas, en el caso de que la entidad prestadora de servicios de salud en el territorio si cuente con la capacidad. En tal caso, como vendría de disposición legal la obligación de contratar, no habría lugar a aplicar restricción de la

Ley de Garantías, y en consecuencia podría contratarse directamente bajo la figura del Convenio o contrato interadministrativo.

Es más, si se analiza exhaustivamente el criterio mencionado, es posible entender igualmente que si se realiza proceso competitivo, este podría ser ilegal al contravenir lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, más si en el territorio si hay empresas prestadoras de servicios de salud que puedan contratar los servicios.

Por tal motivo, es apreciable la existencia de dos criterios distintos y excluyentes entre si emitidos por un mismo organismo, motivo por el cual existe un margen de duda frente a las conceptualizaciones, más cuando el Consejo de Estado no ha emitido pronunciamiento alguno sobre el tema.

7. ¿Es viable contratar servicios de Salud bajo modalidad de selección abreviada?

De acuerdo con Colombia Compra Eficiente en concepto – respuesta a consulta con radicado #4201813000005971, la respuesta es que si es posible:

“▪ *PROBLEMA PLANTEADO ¿Es viable jurídicamente que se acuda a la modalidad de selección abreviada para la prestación de los servicios de salud?*

▪ *COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:*

Sí. Las Entidades Estatales deberán contratar por medio de la modalidad de selección abreviada todas las contrataciones relacionadas con la prestación del servicio público de salud que se enmarcan en la Política Nacional de Prestación de Servicios de Salud. Las Entidades Estatales deben contratar estos servicios con las personas inscritas en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud - REPS.

Las contrataciones que no estén comprendidas dentro de ese objeto deben contratarse por la modalidad de selección que corresponda según la cuantía y objeto a contratar.”

Parte del criterio original fue derogado por encontrarse contenido en el Decreto 2025 de 2009. No obstante, continúa siendo posible la contratación de servicios de salud, toda vez que el Decreto 1082 de 2015 regula:

Artículo 2.2.1.2.1.2.21. Contratos de prestación de servicios de salud. La Entidad Estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo anterior, se entendería a priori que, si la entidad estatal requiere realizar la contratación del PIC con urgencia o alta necesidad al 28 de enero de 2022, entonces cuenta con viabilidad bajo la sana crítica y una buena práctica de contratación estatal la opción de contratar el Plan de Intervenciones Colectivas bajo un proceso competitivo o de convocatoria pública. Lo anterior bajo la premisa que la contratación interadministrativa a la fecha se encontraría restringida, y cualquier intento de contratarse directamente podría no ser válida al tenor de los conceptos anteriormente citados. Y si bien es cierto estos fueron emitidos al tenor del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, y su calidad no los haría vinculantes por ser *Soft law* administrativo; serían criterios auxiliares válidos y sustentados que darían luz a las entidades estatales para poder contratar con soporte las actividades de Intervenciones Colectivas en las entidades territoriales de la manera previamente señalada, es decir, bajo proceso competitivo (Mínima cuantía – Selección Abreviada de Menor cuantía – Licitación Pública).

No obstante, y teniendo en cuenta que existe una disparidad de criterios en el mismo Ministerio de Salud la cual impide tener certeza de un criterio 100% confiable para ser aplicado por las entidades estatales, se sugiere que si la entidad no le apremia afanosamente el contratar de manera inmediata el PIC al 28 de enero de 2022, se eleve un concepto al Ministerio de Salud para resolver bajo una unificación de criterios e inclusive elevar en conducto del mismo, solicitud a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado para poder sentar un criterio que sirva en el presente o a futuro. De definir estos que puede acudirse a modalidad directa bajo figura de Contrato interadministrativo, entonces se sugiere aplicar dicha posición.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sin otro particular,

ORIGINAL FIRMADO

LEONEL RICARDO QUIRÓS PINTO

Abogado Externo adscrito a Cooplaboral CTA – Asesoría contractual y administrativa.

Proyectó: Pedro Alejandro Ariza Rubiano –

Asociado QYN CORPORACIÓN. Asesores- Consultores en convenio como apoyo jurídico de COOPLABORAL CTA.

Reviso y aprobó: Andrea del Pilar Núñez Vásquez.

Asociada QYN CORPORACIÓN. Asesores- Consultores en convenio como apoyo jurídico de COOPLABORAL CTA.