

Medellín, 24 de agosto de 2018

Doctor
Fernando Hincapié Agudelo
Director Ejecutivo
Hospital Infantil Concejo de Medellín
Calle 72A #48A-70

Asunto: Respuesta a solicitud de concepto sobre Régimen Jurídico de la
Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín

Cordial saludo,

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual plantea varios interrogantes, relacionados con el régimen jurídico y de contratación aplicable a la Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín y en respuesta procedo a dar respuesta en los siguientes términos:

1. Naturaleza Jurídica y régimen aplicable:

La naturaleza jurídica de la entidad Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín se encuentra enmarcada dentro de los preceptos de la ley 489 de 1998 por la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expidieron las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política, y se estableció la estructura y organización de la administración pública, por lo cual es necesario el siguiente análisis normativo:

1.1. La conformación de la rama Ejecutiva del poder público:

Siguiendo el hilo conductor de la Ley 489 de 1998, ya citada, encontramos que la organización del poder público se encuentra organizado e integrado en dos categorías, esto es el Sector Central y el descentralizado, pero más allá se encuentran los órdenes de descentralización que a su vez corresponden al nivel de adscripción de las entidades que a su vez se divide en Nacional,

LMRUIZ

Tarea: 42894

Copia

Departamental o Municipal, por lo que tomaremos como punto de partida el Artículo 38 de esta norma, que indica:

“ARTICULO 38. LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARAGRAFO 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARAGRAFO 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 10. del presente artículo, como organismos consultivos o

coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.(...)(Subrayado con exequibilidad condicionada, sentencia C-702/99 Corte Constitucional)

En concordancia con este diseño orgánico del estado, se hace necesario citar el Artículo 68 ibídem, toda vez que complementando la organización del estado define las entidades descentralizadas, además de extender la aplicación de estas disposiciones al orden territorial:

“ARTÍCULO 68º.- ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

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

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se

someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.”

Según el Consejo de Estado ¹, la descentralización se divide en categorías que pueden diferenciarse en razón de los fines así:

“La descentralización, a su vez, puede ser: territorial, especializada o por servicios y, por colaboración. En la territorial se atribuyen funciones administrativas a entidades territoriales para que las cumplan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad; en la especializada o por servicios las competencias administrativas se otorgan a organismos creados para ejecutar una determinada actividad y en la llamada por colaboración dichas funciones son desempeñadas por personas privadas”.

En la descentralización especializada o por servicios, las entidades encargadas de lograr los fines del Estado pueden ser directas, cuando su creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo, o indirectas si surgen, previa autorización legal, por la voluntad asociativa de las entidades públicas entre sí o con la participación de particulares. (...)”

De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que su entidad entraría en la categoría de entidad descentralizada indirecta por colaboración, surgida por la voluntad asociativa de entidades públicas, considerando que en su caso se han asociado el Municipio de Medellín, la ESE Hospital General de Medellín y la ESE Metrosalud, por lo que podríamos concluir que es una entidad con régimen de derecho privado pero de carácter e interés público.

¹ Concepto Sala de Consulta C.E. 1348 de 2001
LMRUJZ Tarea: 42894

El régimen jurídico aplicable a esta entidad se encuentra comprendido dentro del pronunciamiento de la corte constitucional que en sentencia C- 230 del 25 de mayo de 1995 expresó:

Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias. El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación. Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial.
(...)

Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.(...)"

Lo dicho por la Corte Constitucional se traduce en que el régimen jurídico aplicable sigue las reglas del derecho privado, no obstante con una diferenciación en cuanto a la forma de administrar los bienes de derecho público que en razón de su creación o funciones le sea entregado a la entidad, tales como los aportes de recursos de fuente pública y es por ello que los directivos, asesores, ejecutivos, o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de la entidad, sí responden disciplinariamente, al tenor de la ley 80 de 1993, artículo 2º. numeral 2º., ordinal a), en concordancia con el artículo 51 del mismo estatuto, como lo veremos más adelante.

2. Régimen de Personal:

La tipificación de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la asimilación de sus directivos como servidores públicos, para los fines indicados en líneas anteriores, esto es frente a la administración de los recursos públicos, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de los empleados con las entidades, porque, con las ya expuestas salvedades, las corporaciones y sus empleados se encuentran sometidos al régimen de derecho privado que les es propio por su naturaleza, pero la clasificación ya expuesta, esto es la asimilación de servidores públicos de sus directivos se aplica exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación y la inversión; pasamos a explicar en las líneas siguientes.

Ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil² que “*las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyan en virtud de la asociación entre entidades públicas y particulares, están sometidas al mismo régimen de las corporaciones sin ánimo de lucro de carácter privado, es decir, a las normas previstas para éstas en el Código Civil y demás disposiciones sobre la materia.*”

Lo anterior significa que, las personas que prestan sus servicios en dichas entidades no tienen el carácter de servidores públicos y en sus relaciones laborales siguen las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, pero respecto de las actividades de representación y ejecución de

² ídem Concepto Sala de Consulta C.E. 1348 de 2001
LMRUiz Tarea: 42894

recursos, esto es, para efectos de la celebración de contratos administrativos la ley 80 de 1993, si se asimilan a servidores públicos de conformidad con lo preceptuado por el Estatuto General de Contratación Administrativa en su artículo 2º que estableció una distinción que es apropiada para los efectos de este análisis encomendado:

(...) “ARTÍCULO 2º. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1. Se denominan entidades estatales

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; así como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, **las entidades descentralizadas indirectas**

(...)

2. Se denominan servidores públicos

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. (...)”

Así las cosas, el Estatuto de la contratación pública introdujo una excepción para aquellas personas que laboran en las asociaciones y fundaciones de participación mixta al consagrar que, para los efectos de la contratación administrativa, tienen la calidad de servidores públicos los representantes legales y funcionarios que se desempeñen como directivos, asesores o en quienes se delegue la celebración de este tipo de contratos.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia ya citada ³ expresó:

³ Ídem Sentencia C- 230 del 25 de mayo de 1995
LMRUIZ
Tarea: 42894

(...) “El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la clasificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifican ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación”.

Finalmente, en este punto es preciso citar el artículo 51 de la ley 80 de 1993 que determina:

(...)“ARTÍCULO 51 DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley “(…)

Es corolario indicar entonces que si para efectos de la contratación administrativa en las asociaciones y fundaciones de participación mixta, los representantes legales y funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos, tienen la calidad de servidores públicos, a ellos les será aplicable la ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), pero con la excepción anterior, esto es que para los demás empleados de la entidad que no ostentan cargos directivos, en los demás casos a las personas que prestan sus servicios a la Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín no se les aplica el Código Disciplinario, toda vez que al tenor de lo dispuesto en el artículos 25 y 53 de la ley 734 de 2002, no son destinatarios de tal ley.

Dicho lo anterior, y en este punto es propio finalizar indicando que, frente a la estructura orgánica de la entidad, su planta de personal, el régimen salarial y prestacional, se aplicarán entonces las disposiciones contenidas primeramente en sus estatutos, y la fijación de su planta de personal, el régimen salarial y prestacional corresponderá a decisiones de sus órganos directivos.

Así las cosas, frente al proceso de aplicación de normas de carácter disciplinario, es necesario indicar que salvo las excepciones ya señaladas, se aplicaran las disposiciones del código sustantivo del trabajo y lo que se establezca en el reglamento interno de trabajo y será la dependencia encargada del proceso de talento humano o su equivalente la que adelante las actuaciones de tipo disciplinario.

3. El régimen de la contratación:

Si bien es cierto que la entidad Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín no ha adoptado la enseñanza de Empresa social del Estado, por su naturaleza, esto es, por la conformación de su patrimonio, que actualmente es 100% público y es considerada por el Gobierno Digital de Colombia en datos abiertos como una entidad prestadora de salud (IPS) de derecho privado⁴, es necesario aclarar que conforme lo establece la Ley 100 de 1993 en su artículo 194 dispone 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.

Adicional a ello encontramos que no obstante la consideración como entidad privada, la preponderancia del factor patrimonio juega un papel trascendente al momento de analizar este aspecto del régimen contractual toda vez que en la actual legislación y jurisprudencia se evidencia una consagración del patrimonio público como un bien jurídico colectivo tutelado y en ese sentido, el consejo de estado en sentencia dictada en sección tercera dentro del proceso de acción popular con fecha del diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), con radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), con ponencia de la magistrada, con ponencia de la Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ que dentro de la “*Obiter Dicta*” de la sentencia, frente al asunto en cuestión expresó que:

“Se observa que la Carta Política contempla el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y en forma específica como susceptible de ser protegido a través de la acción popular (art. 88 de la C. N.) y que el legislador, con el fin de propender el principio de

⁴ Visto en <https://www.datos.gov.co/Salud-y-Proteccion-Social/Relacion-de-IPS-publicas-y-privadas-seg-n-el-nivel/s2ru-bqt6/data> Fecha de consulta 09-08-2018.

intangibilidad de los recursos públicos, dio vigencia a la norma constitucional expidiendo el Estatuto para la Contratación Estatal y la Ley Orgánica del Presupuesto, normas jurídicas que contienen numerosas herramientas dirigidas a la correcta inversión y utilización de los recursos públicos, por parte de quienes tienen a su cargo el manejo y ejecución de tales recursos. EL INTERÉS COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO es uno de los derechos de mayor connotación en el Estado de Derecho colombiano, teniendo en cuenta que es a través de él que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido, y participa en la prestación de servicios públicos en beneficio de la comunidad”

Lo anterior nos lleva a considerar que el régimen jurídico aplicable, en razón del objeto que la define y el sector al que pertenece que se encuentra comprendida por su similitud a las empresas sociales del estado dentro de los preceptos del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispone:

ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. *El nombre deberá mencionar siempre la expresión “empresa social del Estado”.*
2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- (...)
6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
7. *El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
- (...)
9. *Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.*

(...)"

Si bien el hilo conector se evidencia por la característica de su patrimonio, el encuadramiento de la entidad en tratándose del Régimen aplicable a la contratación de las Instituciones Públicas Prestadoras de Servicios de Salud o las Empresas Sociales del Estado, hace necesario citar lo expresado por la Sala de Consulta de Servicio Civil del Consejo de Estado, que en concepto del 6 de Abril de 2000, expediente 1.263, Magistrado Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, expresó:

"(...)

En principio, por ser las empresas sociales del estado entidades estatales y constituir la ley 80 un estatuto denominado "general de contratación de la administración pública", pudiera concluirse que su aplicación es universal para toda clase de entes públicos; sin embargo, tal apreciación no se compadece con la potestad del legislador para establecer excepciones a tal régimen, como lo hizo en el caso de estas empresas.

El carácter excepcional de la regulación se refleja inequívocamente en la locución "discrecionalmente", ya que mientras los demás contratos estatales deben, de manera general, contener tales cláusulas, en los sometidos al régimen de las empresas sociales sólo se pactarán cuando así estas lo dispongan. Además, si con dicha expresión al Estado se le otorga la facultad para pactar o imponer las referidas cláusulas, sin distinguir su razón, es porque a él se reserva el privilegio de incluirlas cuando lo estime conveniente, esto es, cuando las reglas de derecho privado no le otorguen la garantía para la prestación del servicio público correspondiente.

Por lo demás, dicha discrecionalidad encuentra su fundamento en la multiplicidad de objetos contractuales que pueden incidir o no en la prestación del servicio público, circunstancia que la administración deberá tener presente al momento de determinar si incluye o no las cláusulas excepcionales.

De esta manera, al disponer la ley 100 de 1993 en el numeral 6° del artículo 195, la utilización discrecional de las cláusulas excepcionales, excluyó la aplicación general y común de las normas de la ley 80. El régimen de derecho privado de la contratación propio de las demás entidades estatales, aparece consagrado en el artículo 13 de la ley 80, conforme al cual "los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes". (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. (...)”

En otro pronunciamiento, la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se reitera esta posición⁵, que a la sazón indicó:

"Por regla general, en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas ordinarias de derecho comercial o civil. En el caso de que discrecionalmente, dichas empresas hayan incluido en el contrato cláusulas excepcionales, éstas se regirán por las disposiciones de la ley 80 de 1993. Salvo en este aspecto, los contratos seguirán regulados por el derecho privado". (Resalta la Sala)

Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado¹

Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y

⁵ la cual se plasmó en la Consulta N° 1.127, del 20 de agosto de 1998
LMRUIZ
Tarea: 42894

encargados de la contratación en las empresas en cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículos 209 de la Constitución, 2° y 3° del C.C.A.⁶ (...)"

Adicional a lo hasta acá mencionado, en concepto 03 de 2015 emitido por la Secretaría General del Municipio de Medellín se indicó que la Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín se consideraba asimilada presupuestalmente a una Empresa Social del Estado en los siguientes términos:

El artículo tercero del Acuerdo Municipal 48 de 2012 dispuso que la entidad tuviera como objeto "la prestación de servicios de salud en todos los niveles de complejidad, así mismo, la administración, coordinación, consolidación, organización, fomento, desarrollo, difusión y operación del Hospital Infantil Concejo de Medellín."

Esta misma disposición fue reproducida en el artículo tercero de los estatutos de la Corporación, que además estableció como su objetivo general "prestar servicios de salud integrales, con alta calidad humana, técnica y científica, de manera prioritaria a la población de la Ciudad afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con énfasis en la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad."

En relación con este objeto, estipula el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 sobre las empresas sociales del Estado disponen 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."

Como puede observarse, las funciones y estructura administrativa de la Corporación Hospital Infantil corresponden a las establecidas

⁶ Hoy Artículos 2 y 3 de la Ley 1437 de 2011
LMRUIZ
Tarea: 42894

para las empresas sociales del Estado, conforme lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Como tal, La Corporación Hospital Infantil Concejo de Medellín, no fue creada como una empresa social del Estado pero la Ley 100 de 1993 define que el sector salud está integrado por el subsector oficial dentro del cual se incluyen las entidades descentralizadas.

Por ello, en la sentencia C-171 de 2012 mencionada y acogida en el concepto que adjunta el Ministerio de Hacienda se lee:

"el legislador al crear estos dos tipos de entidades descentralizadas – establecimientos públicos y empresas sociales del estado- lo que pretendió fue generar un orden claro respecto de las funciones que cada una de estas debían desarrollar para poder reglar sus actuaciones y competencias, en este sentido distingue claramente entre las funciones administrativas que las entidades territoriales llevan a cabo a través de los establecimientos públicos y la prestación de servicios públicos de salud en forma directa por parte de; las entidades; territoriales a través de las empresas sociales del estado."

Visto lo anterior, se tiene entonces, que desde la visión del régimen presupuestal se considera como una Empresa Social del Estado, la ejecución del presupuesto, deberá seguir la suerte de su clasificación y en consecuencia que el régimen contractual aplicable es aquel propio de todos los contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado, que bajo las consideraciones ya indicadas y con el sustento legal establecido en el numeral 6 del Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, es el del régimen de derecho privado, salvo las cláusulas excepcionales.

Dicha clasificación se deberá considerar teniendo en cuenta que cuando dichas instituciones hagan uso de las cláusulas Excepcionales o Exhorbitantes, dichas cláusulas tendrán las características que se regulan por las reglas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus directivos, como se indicó en líneas anteriores responden penal, fiscal y disciplinariamente como servidores públicos, Máxime

cuando, el artículo 2° de la Resolución 5185 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social en el marco de lo previsto en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2012, dispuso:

“ARTÍCULO 2o. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución.”

De igual manera e independientemente de que la contratación de las ESE se regule por el derecho privado, éstas deben dar cumplimiento a los principios de la función administrativa, tal y como para el efecto lo establece el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que modifica el inciso 2 del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que indica:

(...)“Artículo 95. Aplicación del Estatuto Contractual. Modifíquese el inciso 2° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.”

4. Desde el punto de vista fiscal y contable.

Sobre las normas presupuestales aplicables a esta entidad, vale la pena citar lo expresado sobre el particular por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en concepto 030166 del 19 de octubre de 2009, así:

(...)

En materia presupuestal el artículo 5° del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico de Presupuesto) estableció para estos organismos el régimen especial contenido en el Decreto 115 de 1996 diciendo: "Para los mismos efectos, las empresas sociales del estado del orden nacional que constituyan una categoría especial de entidad pública descentralizada, se sujetarán al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado."

El Decreto 115 de 1996 "por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras", estableció en su artículo primero que "el presente decreto se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, del orden nacional dedicadas a actividades no financieras, y a aquellas entidades del orden nacional que la ley les establezca para efectos presupuestales el régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado".

(...)

Las entidades territoriales tienen la facultad de establecer las directrices que seguirán sus entidades descentralizadas (empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta) para lo cual pueden adoptar las disposiciones contenidas en el Decreto 115 de 1996 atendiendo sus principios, sus bases teóricas y operativas.

En Conclusión, las Empresas Sociales del Estado del orden territorial constituidas como entidades públicas descentralizadas, se sujetarán presupuestalmente al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el cual está orientado por las normas presupuestales de la correspondiente entidad territorial, el acto de creación del ente descentralizado y el reglamento interno del mismo, los cuales deberán atender los principios y directrices del Decreto 115 de 1996.
(...)"

Frente al régimen de contabilidad aplicable, es necesario indicar que, conforme a lo establecido por Contaduría General de la Nación, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, ha expedido la Resolución 354 de 2007 y en ella define el ámbito de aplicación del Régimen de la Contabilidad Pública y con ello la siguiente regulación para las entidades que conforman el sector público colombiano que son aplicables a la entidad Hospital Infantil Concejo de Medellín en razón de la conformación de su patrimonio de creación que es 100% público:

a) la Resolución 354 de 2007 (modificada por la Resolución 156 de 2018), que adoptó el Régimen de Contabilidad Pública, estableció su conformación y definió su ámbito de aplicación y al efecto en su artículo 5 estableció:

(...)Artículo 5°. El Régimen de Contabilidad Pública debe ser aplicado por los organismos y entidades que integran las Ramas del Poder Público en sus diferentes niveles y sectores.

También debe ser aplicado por los órganos autónomos e independientes creados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. En el mismo sentido, el ámbito de aplicación del Régimen de Contabilidad Pública incluye a los Fondos de origen presupuestal, además de las Sociedades de Economía Mixta y las que se les asimilen, en las que la participación del sector público, de manera directa o indirecta, sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social.(...)"

b) la Resolución 628 de 2015, y sus modificaciones, por la cual se incorpora en el Régimen de Contabilidad Pública (RCP), el referente teórico y metodológico de la regulación contable pública; el cual es igualmente aplicable por lo definido como ámbito de aplicación en la Resolución 354 de 2007.

Donde todos contamos

NIT 890905211-1

c) la Resolución 037 de 2017, la Resolución 414 de 2014 y sus modificaciones, la Resolución 533 de 2015 y sus modificaciones y la Resolución 461 de 2017, por las cuales se incorporan, al Régimen de la Contabilidad Pública, los marcos normativos para las empresas de propiedad estatal, para las entidades de gobierno y para las entidades en liquidación, y se incorporan a dicho marco normativo el marco conceptual y las normas;

d) la Resolución 037 de 2017 y las resoluciones 139 y 620 de 2015, y sus modificaciones y 611 de 2017, por las cuales se incorporan al Régimen de la Contabilidad Pública, los Catálogos Generales de Cuentas que utilizarán las empresas de propiedad estatal, las entidades de gobierno y las entidades en liquidación;

e) la Resolución 192 de 2016, por la cual se incorporan, al Régimen de la Contabilidad Pública, los Procedimientos Transversales;

f) Las Resoluciones que incorporan, al RCP, los Procedimientos Contables; y

g) La Resolución 525 de 2016, por la cual se incorpora, al RCP, la Norma de Proceso Contable y Sistema Documental Contable.

El presente concepto se expide de conformidad con lo establecido en el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



JUAN EDUARDO CUADROS ACOSTA
Asesor 20D-Lider