



Función Pública

Concepto 323361 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000323361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000323361

Fecha: 02/09/2021 12:30:13 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-ESE- Naturaleza. RAD. 20219000534902 del 21 de julio de 2021.

Por medio del presente, y en atención a su consulta, en la cual solicita se le dé respuesta a estos interrogantes:

"1). Cuál es la Naturaleza de la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paul de Pueblo rico Antioquia.

2). Son Sujetos de control fiscal por parte de la Contraloría General, son sujetos de Control Disciplinario por parte de la Procuraduría, son sujetos de vigilancia y control por parte de la Secretaria Seccional de Salud y Protección social de Antioquia.

3). Estas entidades pueden recibir recursos públicos"

Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho; o a los Jueces de la República, en el caso de controversia entre la entidad y el empleado. Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni autorizar o señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades.

I. NATURALEZA EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO-ESE

No obstante, a modo de orientación general, la Ley 489 de 1998 consagra:

"ARTÍCULO 83.- Empresas sociales del Estado. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen" (Subraya propia)

En concreto, sobre las Empresas Sociales del Estado el Decreto 1876 de 1994 establece:

"ARTÍCULO 1.- Naturaleza jurídica. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con

personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos.

(...)

ARTÍCULO 15.- Régimen jurídico de los actos. Las Empresas Sociales del Estado estarán sujetas al régimen jurídico propio de las personas de derecho público, con las excepciones que consagren las disposiciones legales.

(...)

ARTÍCULO 17.- Régimen de personal. Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994.

(...)

ARTÍCULO 20.- De la autonomía y de la tutela administrativa. La autonomía administrativa y financiera de las Empresas Sociales del Estado se ejercerá conforme a las normas que las rigen. La tutela gubernamental a que están sometidas tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de estas con la política general del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal y particular del sector.

PARÁGRAFO. - Las Empresas Sociales del Estado estarán adscritas a la Dirección Nacional, Departamental, Distrital o Municipal correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, dependencia territorial y reglamentación vigente sobre la materia”

De igual forma, sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará 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”

De acuerdo con lo anterior, todas las Empresas Sociales del Estado, también son conocidas como ESE, y estas son instituciones prestadoras de servicios de Salud que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS, tienen la función de prestar servicios en el respectivo nivel de atención a los afiliados y beneficiarios de los distintos regímenes en los que se divide este sistema. De esta forma, la normativa estableció que las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, ya que son descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las asambleas o concejos.

En cuanto a la naturaleza la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paul de Pueblo rico Antioquia, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo con Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el dieciséis 16 de febrero de 2012 con radicación: 05001-23-31-000-2000-03832-01(0685-11) determinó:

“Si bien el Hospital San Vicente de Paúl en un principio ostentaba el carácter de privado, dentro del patrimonio del mismo, existieron dineros destinados para inversión y funcionamiento girados por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, directamente o por transferencia de la Nación, así para el año de 1995, las rentas propias del Hospital no sobrepasaban el 40% y por el contrario los aportes estatales sumaban el 60% del presupuesto del Hospital y que el personal médico y paramédico era aportado por la Dirección Seccional de Salud de Antioquia. Así diluyendo, hasta el punto que por Ordenanza No. 41 de 1997, la Asamblea Departamental de Antioquia, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el propiedad del Departamento. Lo anterior quiere decir que para la época en que se efectuó la transformación del Hospital San Vicente de Paúl en Empresa Social del Estado del orden departamental.

Departamento de Antioquia y la Conferencia de Nuestra Señora de las Mercedes de San Vicente de Paúl” (Subraya propia)

De esta forma, y en atención a su primer interrogante, según se observa el Hospital San Vicente de Paul de Pueblo rico Antioquia, es una Empresa Social del Estado-ESE, y por tanto, su naturaleza jurídica se encuentra definida por la normatividad que le otorga como características

ser una entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que fue creada por la por Ordenanza No. 41 de 1997, la Asamblea Departamental de Antioquia.

II. RECURSOS PÚBLICOS

Frente a su pregunta tres, aunque no es muy clara frente a qué entidades hace referencia, se tomará como si la pregunta se refiriera a si las Empresas Sociales del Estado pueden recibir recursos públicos. Con esto en mente, se aclara que el constituido por un amplio sector de seguridad social, el cual se financia con recursos públicos y recursos del sector privado.

Su eje central es el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). La afiliación al sistema es de carácter obligatorio, y se logra

mediante las entidades promotoras de salud EPS ya sean públicas o privadas y también por medio de las instituciones prestadoras de servicio IPS. El sistema de salud colombiano se financia básicamente con rentas fiscales y parafiscales. Los ingresos fiscales provienen del SGP, del Presupuesto General de la Nación (PGN), de las rentas cedidas, de los recursos territoriales y de las regalías. Las rentas parafiscales, que son administradas por las subcuentas del FOSYGA, proceden en su mayoría de las cotizaciones que realizan los individuos con capacidad de pago.

La Constitución Política encomienda plantear planes de desarrollos para optimizar el uso de los recursos y transfiere estos a través del SGR (Sistema General de Regalías) por medio de regalías y los cuales se utilizan para financiar proyectos de carácter público y el SGP (Sistema General de Participaciones), que generalmente se divide en distintos porcentajes para educación, para el sector salud y el restante se destina para propósito general.

Así, y dando respuesta a su interrogante número tres, las Empresas Sociales del Estado no solo *pueden* sino que efectivamente deben recibir recursos públicos por mandato constitucional.

III. ENTES DE CONTROL DE LAS ESE

a. Contraloría General de la República

La Constitución Política establece en su artículo 267:

“La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley (...)” (Subraya propia)

Así, la Contraloría General de la República (CGR) es el máximo órgano de control fiscal del Estado. Como tal, tiene la misión de procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas.

En este orden de ideas, el Decreto 405 de 2020 consagra:

“ARTÍCULO 2. Modificar el artículo así:

ARTÍCULO 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, y las demás entidades públicas

en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.

Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las competencias de las contralorías territoriales y la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia, prevalencia y subsidiariedad, de conformidad con la ley” (Subraya propia)

Teniendo en cuenta lo anterior, y dando respuesta parcialmente a su pregunta dos, las Empresas Sociales del Estado son sujetos de control de vigilancia y fiscal por parte de la Contraloría General de la Nación, así como también de las Contralorías Territoriales, pues reciben recursos del erario público, como se dejó establecido anteriormente en la respuesta a la pregunta tres.

b. Procuraduría General de la Nación

El artículo 118 de la Constitución Política dispone:

“El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

De esta forma, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 118, 209 y 277-6 de la Constitución Política de 1991, y los artículos 2, 3, 34-32, 69, 75 y 76 de la Ley 734 de 2002, el ejercicio del control disciplinario le fue atribuido a cada entidad u organismo que integra la estructura estatal (control disciplinario interno), y de forma preferente a la Procuraduría General de la Nación, y a las personerías distritales y municipales (control disciplinario externo).

Así, y complementando la respuesta a su pregunta dos, las Empresas Sociales del Estado son sujetos de control disciplinario por parte de las personerías distritales y municipales, y de forma preferente de la Procuraduría General de la Nación, toda vez que el artículo 17 del Decreto 1876 de 1994 es claro cuando establece que el personal de las ESE tienen el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales.

c. Entidades territoriales

La ley 1438 de 2011 en su artículo 29 consagra:

“ARTÍCULO 29. Administración del Régimen Subsidiado. Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. En todo caso, el Ministerio de la Protección Social podrá realizar el giro directo con base en la información disponible, sin perjuicio de la responsabilidad de las entidades territoriales en el cumplimiento de sus competencias legales. El Ministerio de la Protección Social definirá un plan para la progresiva implementación del giro directo.

La Nación podrá colaborar con los municipios, distritos y departamentos, cuando aplique, con la identificación y registro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado” (Subraya propia)

De igual forma, el Decreto 971 de 2011 en su artículo 14 establece:

“Seguimiento y control del régimen subsidiado. Las entidades territoriales vigilarán permanentemente que las EPS cumplan con todas sus obligaciones frente a los usuarios. De evidenciarse fallas o incumplimientos en las obligaciones de las EPS, estas serán objeto de requerimiento por parte de las entidades territoriales para que subsanen los incumplimientos y de no hacerlo, remitirán a la Superintendencia Nacional de Salud, los informes correspondientes.

Según lo previsto por la ley, la vigilancia incluirá el seguimiento a los procesos de afiliación, el reporte de novedades, la garantía del acceso a los servicios, la red contratada para la prestación de los servicios de salud, el suministro de medicamentos, el pago a la red prestadora de servicios, la satisfacción de los usuarios, la oportunidad en la prestación de los servicios, la prestación de servicios de promoción y prevención, así como otros que permitan mejorar la calidad en la atención al afiliado, sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en las normas vigentes” (Subraya propia).

Para concluir la respuesta a su pregunta dos, las entidades territoriales (adopten estas o no dentro de su libertad administrativa una secretaría de salud como responsable del sistema de salud en su jurisdicción) tienen competencias para realizar seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados, tal como lo establece la Ley 1438 de 2011 y más específicamente el Decreto 971 de 2011 que les da la facultad para vigilar permanentemente que las EPS cumplan con todas sus obligaciones frente a los usuarios. De evidenciar incumplimientos en las obligaciones de las EPS, deberán requerir para que subsanen los incumplimientos y de no hacerlo, remitirán a la Superintendencia Nacional de Salud, los informes que se adelanta el proceso sancionatorio.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: ALF

Revisó: Harold Israel Herreno Suarez

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-11-24 22:43:02