

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD	
Para responder este documento favor citar este número:	
Rad No:	20231600000064071
Fecha:	24-01-2023
Dependencia	Dirección Jurídica
Expediente	2023160011301000001E

Bogotá,

Señor

[REDACTED]

Asunto: Respuesta a su solicitud 20229300403033882 - Concepto giro ordinario de las Empresas Sociales del Estado E.S.E.

Referencia: 20229300403033882

[REDACTED]

La Dirección Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Decreto 1080 de 2021, procede a dar respuesta a la solicitud de la referencia, para lo cual le informa que los conceptos que emite esta entidad son de carácter general y abstracto y que no están dirigidos a solucionar o definir situaciones concretas, ni a prestar asesoría en asuntos de interés particular, pues no tienen carácter vinculante, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

1. La consulta

“(…) Por medio de la presente quisiera solicitarles de la manera más atenta, me sean remitidos los conceptos, a través de los cuales, la Superintendencia de Salud haya definido o precisado ‘qué comprende el giro ordinario de las Empresas Sociales del Estado (ESE)’. De igual forma, les solicito me indiquen las normas que resulten aplicables, en orden, a determinar que comprende el giro ordinario de los negocios que adelantan las ESE, con la intención de tener claridad sobre en qué casos resultan aplicables los pliegos tipo (…)”.

2. Marco normativo

Ley 100 de 1993¹
Ley 1122 de 2007²
Ley 1438 de 2011³
Ley 1755 de 2015⁴
Decreto 780 de 2016⁵
Ley 1949 de 2019⁶
Decreto 1080 de 2021⁷

3. Desarrollo de la consulta

En primer lugar, es importante precisar que el marco de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra definido en: las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1438 de 2011, 1949 de 2019, y el Decreto 1080 de 2021 y sus respectivos decretos reglamentarios.

Adicionalmente, el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, indica que la Superintendencia Nacional de Salud es un organismo técnico que, como máximo órgano de control del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS busca mediante el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, que los integrantes del mismo cumplan a cabalidad con los ejes de financiamiento, aseguramiento, prestación de servicios, atención al usuario y participación social, eje de acciones y medidas especiales, información y focalización de los subsidios de salud.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme lo establecido en los artículos 170 y 171, numeral 3, de la Ley 100 de 1993, concordante con el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, el artículo 1 del Decreto 4107 de 2011 y el artículo 1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016, el ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el Ministerio de Salud y Protección Social, y por ende, los pronunciamientos jurídicos emitidos por esta Superintendencia se ajustan a los parámetros señalados por dicho Ministerio.

¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

² Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

³ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones

⁴ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

⁵ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

⁶ Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones

⁷ Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud

Establecido lo anterior, esta Dirección Jurídica procede a pronunciarse en los siguientes términos:

En cuanto a la primera solicitud: *“Por medio de la presente quisiera solicitarles de la manera más atenta, me sean remitidos los conceptos, a través de los cuales, la Superintendencia de Salud haya definido o precisado “qué comprende el giro ordinario de las Empresas Sociales del Estado (ESE)”*. se informa que verificado el Sistema de Gestión Documental de la Superintendencia Nacional de Salud SUPERARGO, no se encontró registro de concepto emitido respecto del tema de su interés.

Ahora bien, acerca de su segunda inquietud: *“les solicito me indiquen las normas que resulten aplicables, en orden, a determinar que comprende el giro ordinario de los negocios que adelantan las ESE, con la intención de tener claridad sobre en qué casos resultan aplicables los pliegos tipo”*, se tiene lo siguiente:

Conforme lo definido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Nación a través de la ley o por las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, por medio de ordenanzas o acuerdos, se encuentran sometidas al régimen jurídico previsto en el Capítulo III del Título II del Libro II de la Ley 100 de 1993, y tienen por finalidad, la prestación de servicios de salud en forma directa, ya sea por la nación o por las entidades territoriales:

“Artículo. 194. Naturaleza. 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”.

Con relación al régimen jurídico que cubre sus actuaciones, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 contempla que, en materia contractual, las Empresas Sociales del Estado se rigen por el derecho privado; pero, podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

“Artículo. 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.*

3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
4. *El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.*
5. *Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*
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.*
8. *Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
9. *Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. (...)” (Negrilla fuera de texto)*

De otra parte, el Decreto 780 de 2016 señala en su artículo 2.5.3.8.4.1.2, lo siguiente:

“(…)

Artículo 2.5.3.8.4.1.2 Objeto. El objeto de las Empresas Sociales del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

Frente a la definición de “giro ordinario de los negocios”, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente precisó lo siguiente en concepto C-082 de 2022, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la doctrina societaria, así:

“(…) La Corte Constitucional⁸ también ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos.

Aunque, como se indicó, la expresión giro ordinario de los negocios es un concepto jurídico indeterminado, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre su alcance, estableciendo algunos criterios de interpretación. En su momento, en relación con el alcance de la expresión giro ordinario incluida en la redacción original del párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹, la Sección Tercera manifestó lo siguiente:

⁸ Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁹ La redacción original del párrafo primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, incluía la expresión *giro ordinario*, la cual servía de elemento calificante para la determinación del régimen aplicable a los contratos de los establecimientos de crédito público, las compañías de seguros y las demás entidades financieras

«[E]l giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte en el objeto de la sociedad. Siendo así las cosas, resulta que el concepto “giro ordinario de las actividades” [...], hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la Ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.»¹⁰

En el mismo sentido se pronunció recientemente el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, reiterando las anteriores consideraciones, al expresar que:

«[E]l elemento central para la determinación de este concepto jurídico, remite al objeto social -cuando se trata de empresas públicas o privadas constituidas bajo alguno de los tipos societarios definidos en la ley- pero también se refiere, mutatis mutandis, al objeto y funciones expresamente definidas en los actos de creación de entidades públicas que, por su naturaleza, se orientan al desarrollo de actividades industriales y comerciales. De forma que, el giro ordinario de los negocios se explica a partir del objeto social o, también, de las funciones expresamente fijadas por ley, según se trate de una persona jurídica pública o privada, pues ambas categorías, para estos efectos, resultan equivalentes.

Así las cosas, es razonable que el concepto de “giro ordinario de los negocios” sea compatible, de cara al sub lite, con el objeto y funciones de las empresas industriales y comerciales del estado -EICE- de carácter financiero, como lo es Fonade, dado que para el desarrollo de su ejercicio comercial ha sido autorizada para actuar en términos equivalentes a los particulares, de manera que al incursionar en el mercado como un partícipe más, el desarrollo de su gestión está atada al giro ordinario de tales negocios, en los mismos términos en los que se desarrolla el objeto social de las empresas privadas.

7.8. De otra parte, y frente a las actividades conexas o complementarias al objeto social, existe plena compatibilidad respecto de los actos y contratos que puede desarrollar una EICE bajo el giro ordinario de sus negocios pues, al tenor de lo normado en el artículo 86 de la Ley 489 de 1998, dispuso el legislador que además de las actividades y funciones previstas en la ley, en las normas de creación y en sus estatutos internos,

públicas. Dicho parágrafo establecía «Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades» [Énfasis fuera de texto].

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2011. Exp. No. 20070. C.P. Danilo Rojas Betancourt.

la empresas industriales y comerciales del estado están facultadas para “desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”, previsión que ratifica la aplicación equivalente del giro ordinario de los negocios a las EICE, en sus dos categorías de actuación -objeto principal y actividades conexas»¹¹.

Conforme con lo expresado en estas providencias, el giro ordinario involucra los asuntos que integran el desarrollo del objeto social de una sociedad comercial, una empresa o entidad pública, lo cual comprende tanto unas actividades directamente relacionadas con dicho objeto social, así como otros actos conexos al mismo. Esta interpretación, en principio, es coherente con la regulación de la capacidad de las sociedades comerciales establecida en el Código de Comercio, cuyo artículo 99 dispone que «[S]e entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad»¹².

De otra parte, la doctrina societaria también se ha encargado de definir el objeto social, así como su relación con el concepto de giro ordinario. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades, citando doctrina autorizada en la materia, ha señalado:

Si bien el llamado giro ordinario de los negocios se encuentra determinado por las actividades que constituyen el objeto social, resultan oportunas algunas precisiones conceptuales en torno al empleo constante en la práctica mercantil de la referida expresión "giro ordinario de los negocios". Partiendo de las anteriores consideraciones en cuanto al tema del objeto social, se concluye que éste alude a las actividades que desarrolla o se propone realizar el ente social, al paso que solamente quedan cobijadas por "giro ordinario" aquellas actividades que en forma habitual u ordinaria, ejecuta la sociedad.

Advierte el profesor GAVIRIA GUTIÉRREZ (Lecciones de Derecho Comercial, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1987, Pág. 251) que "el objeto social tiene un significado de mayor amplitud que el giro ordinario, pues aquel comprende cuanto acto sea necesario o conveniente para realizar el fin social propuesto, ya sea de simple gestión ordinaria, como la compra de materias primas y la venta de productos elaborados, ya de gestión extraordinaria, como un traslado de las instalaciones industriales, un despido masivo, un cambio de marcas y demás

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de marzo de 2021. Exp. No. 51373. C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

¹² El Consejo de Estado ha precisado que: «Según esta norma, el giro ordinario de las actividades de una sociedad comercial no sólo comprende aquello que define en forma concreta su objeto social, sino todos los actos directamente relacionados con el mismo, lo que denota que entre éstos y aquéllas debe existir una relación de necesidad que los hace parte del objeto de la sociedad. Tal es el caso de la contratación de la publicidad para promocionar la empresa o sus productos, o la contratación de profesionales para que realicen una consultoría o asesoría relacionada con las actividades de la empresa, etc.

»En estos casos, mal podría decirse que la sociedad no puede realizar este tipo de actos necesarios para el buen desempeño de sus actividades comerciales. Lo propio cabe decir de las entidades financieras. De manera que la norma comercial citada es perfectamente trasladable al campo financiero». Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. No. 11575. C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

signos distintivos", de lo cual puede deducirse una relación de género a especie entre ambos conceptos, siendo el giro ordinario una especie que se enmarca al interior del genérico objeto social»¹³.

(...)” (Subraya fuera de texto).

Así entonces, dando respuesta a su solicitud, se concluye que el giro ordinario de los negocios de una Empresa Social del Estado comprende la prestación de servicios de salud, comprendiendo tanto unas actividades directamente relacionadas con dicho objeto, así como otros actos conexos al mismo, los cuales, conforme lo indicado en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, se encuentran exceptuados de la aplicación de los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- o quien haga sus veces.

Adicionalmente, debe tenerse presente que de conformidad lo estipulado en el numeral 6 del Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en materia contractual, las ESE se rigen por el derecho privado, pudiendo discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud, precisando que el presente pronunciamiento se formula en los términos del artículo 28 del Título II de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, que establece que los conceptos emitidos por las autoridades no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

Firmado electrónicamente por:
Diana Cecilia Sarruf romero

DIANA CECILIA SARRUF ROMERO
Directora Jurídica

Elaboró: Samir Torres Molina
Revisó: Carolina Ruiz Castro / Reymond Sepulveda Sanchez
Aprobó: Diana Cecilia Sarruf Romero.

¹³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-014111 del 18 de febrero de 2015. Consultado el 9 de febrero de 2022 en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-014111_DE_2015.pdf