



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Credibilidad y confianza en el control"

100000

Doctor
GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
Carrera 8 No. 10 - 65
Bogotá D.C.:

REF: *Función de advertencia por la suscripción de contratos de transacción en los hospitales de la Red Pública del Distrito Capital.*

Respetado señor Alcalde Mayor:

La Contraloría de Bogotá D.C., en ejercicio de la función Constitucional de vigilancia y control a la gestión de la administración, se permite proferir la presente alerta fiscal, la cual tiene por objeto llamar la atención del señor Alcalde, sobre las consecuencias de orden económico y legal que trae aparejada, la práctica ya generalizada de suscripción de contratos de transacción, como mecanismo de terminación extrajudicial de un litigio pendiente o manera de precaver uno eventual, cuando por falta de planeación, no se constituyó el amparo presupuestal, al cual válidamente se podría imputar el gasto.

En efecto, ya en pretéritas ocasiones, el Organismo de Control ha sentado su posición sobre la inconveniencia y riesgo de pérdida de recursos, a la que se expone la entidad pública, que asume como práctica cotidiana la suscripción del precitado contrato de transacción, sin que la administración Distrital haya tomado medidas efectivas para contrarrestar estas actuaciones inadecuadas.

El primer caso lo evidenció en ejecución de los ciclos de auditorias PAD 2009 y 2010, en los Hospitales Simón Bolívar III Nivel de Atención y Engativa II Nivel de Atención, cuando se advirtió que estas Instituciones Hospitalarias adelantaron contratos de transacción por valor de \$ 3.798 y \$ 4.780 millones respectivamente.

Los pagos de estas obligaciones, acorde con lo que pudo establecer la Contraloría, no en todos los casos, corresponden a hechos y situaciones imprevistas e imprevisibles, que dada la naturaleza de la prestación ofrecida por los centros hospitalarios, pudieran tener amparo en fuerza mayor o caso fortuito, justificante de la falta de planeación.

q

Así se pudo determinar, que muchos pagos tuvieron su génesis en obligaciones regulares que corresponden al giro corriente de las necesidades hospitalarias, las cuales no se previeron con antelación para efectuarles su correspondiente asignación presupuestal y el registro que viabiliza su ejecución.

Hoy nuevamente la Contraloría de Bogotá D.C., al realizar ejercicio fiscalizador a diferentes Hospitales, encuentra con preocupación que la práctica de la transacción sigue vigente.

La afirmación tiene sustento en el seguimiento que se realiza al Hospital Engativa mediante Auto No. 668 de 28 de octubre de 2011, obteniéndose la siguiente información:

CUADRO No. 1
CONTRATOS DE TRANSACCION HOSPITAL ENGATIVA

VIGENCIAS	TOTAL CONTRATOS	VALOR TOTAL
2009	1264	\$4.780.761.153
2010	3414	\$18.101.270.637
2011	1502	\$5.189.809.229

Fuente: Oficina Jurídica Hospital Engativa

Es Claro, que este Hospital continua recurriendo a la figura de los contratos de transacción en la vigencia 2010 tal como se observa en el cuadro; suscribió 3.414 contratos de transacción por valor de \$18.101.270.637, es decir, se incremento en 170% con respecto al número de contratos de transacción de la vigencia 2009 y en 278% con respecto al monto del año 2009. En la vigencia 2011, con corte a 30 de septiembre ha suscrito 1.502 contratos de transacción por valor de \$5.189.809.229.

Los temas que involucran estas transacciones van desde contratos de prestación de servicios personales, hasta contratos de vigilancia, de aseo, de mantenimiento, servicios generales, suministro etc; lógicamente perdiéndose el norte de lo que esencialmente quiso el legislador al consagrar la figura de excepción.

Y como si fuera poco, se desconoce de manera abierta las estipulaciones contenidas en el manual de contratación de la entidad, que si bien desarrolla procedimientos permeados por normas del derecho privado, no puede desligar la aplicación de los principios y reglas del estatuto general de la contratación administrativa a cuyo imperio deben someterse las llamadas entidades estatales, acorde con las voces del artículo 2º del régimen contractual público.

Ahora bien, el artículo 68 de la ley 80 de 1993 dispone: **UTILIZACIÓN DE MECANISMOS DESOLUCIÓN DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:** Las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto y los contratistas, buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Esta facultad que otorga la ley, no puede interpretarse como un salvoconducto para pretermitir las normas y reglas en las que se funda la planeación.

Nótese como la Entidad no cuestiona la prestación del servicio; las razones que impiden el pago en oportunidad tienen que ver con la imposibilidad de perfeccionar el contrato desde el punto de vista presupuestal, toda vez que supuesta la inexistencia de la disponibilidad presupuestal y por lo tanto de su registro, se impide el reconocimiento de la deuda y por ende su cancelación.

La solicitud de transacción tal como le fue informado al equipo auditor, se formula al Comité de Conciliación de la entidad, para que éste apruebe la cancelación de estas obligaciones a través del mecanismo de la transacción; cancelación que el comité aprueba y así lo deja consignado en las actas de reunión. Todo ello sin realizar el análisis y estudio de la prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

No comparte la Contraloría, el argumento esgrimido por la administración del hospital Engativa que se soporta en un concepto emitido por la Dirección Jurídica de la Alcaldía de Bogotá, ante la siguiente consulta del hospital: "Es procedente que el Comité de Conciliación aplique mecanismos de arreglo directo tales como la transacción y la conciliación, para dar solución a temas administrativos que se presenten al interior del hospital, o por el contrario es competencia de las procuradurías, adelantar dichos procesos?"

Respuesta mediante radicado No. 2-1010-44122 del 2 de noviembre de 2010: "Es importante señalar que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son constitucionales y legales, razón por la cual cualquier entidad u organismo público puede de forma legítima acudir a esta alternativa para optimizar su gestión, evitando así el desgaste administrativo, que implica acudir siempre en todos los casos ante las instancias judiciales, máxime cuando existe una late probabilidad de pérdida del litigio" y "En este contexto vale la pena reiterar que el Alcalde Mayor de Bogotá expidió el Decreto 117 de 2010 "Por medio del cual se ordena implementar un Plan Piloto de Conciliación Judicial y Extrajudicial por parte de la Administración Pública del Distrito Capital de Bogotá", el cual pretende promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos."

Y no lo comparte por cuanto, si bien la ley establece mecanismos para lograr la solución de conflictos, los mismos se refieren a hechos que están sometidos a discusión o litigios y no simplemente al reconocimiento de una prestación o pago de una obligación que como se dijo precedentemente, no está sometida a disputa, porque la administración reconoce su ejecución. Luego y en estricto sentido no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Sobre la naturaleza jurídica de la transacción la Jurisprudencia de la Corte Suprema retomada por el Consejo de Estado a través de sentencia con número de radicación 63001-23-31-000-2002-00719-02 de 19 de mayo de 2005 con ponencia de la Magistrado doctora MARIA ELENA GIRALDO, ha manifestado: "El artículo 2469 del Código Civil define la transacción diciendo que es "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque de una parte le asigna a la transacción el carácter de contrato, cuando por si sola no engendra obligaciones y porque de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción a saber: PRIMERO. La existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; SEGUNDO: La voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme. TERCERO: La eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. (Cas. Civil dic 12 de 1938 XLVII, 479-480; Cas. junio 06 de 1939, XL VIII, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones por término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual." (Sublíneas de la sentencia)

....."Conviene advertir que sobre la figura de la TRANSACCIÓN, el profesor Fernando Hinestrosa sostiene que : "La transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva.

Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente y su eficacia definitiva. La transacción es una convención o acuerdo, pero no un contrato. Dentro de la tradición francesa (art. 1101 code civil), el contrato es convención generadora de obligaciones: esta es su función exclusiva (Arts. 1494 y 1495 C.C.).

Por lo mismo las convenciones o acuerdos cuya función o cuyos efectos son otros: modificar, extinguir o refrendar cualesquiera relaciones jurídicas, entre ellas las obligacionales no son "contratos", y de ahí la impropiedad que se anota al código civil al calificar de "contrato" a una convención eliminadora de litigios y eventualmente de obligaciones.

No obstante que la jurisprudencia nacional ha calificado la transacción como un contrato bilateral, oneroso y consensual, lo cierto que aquí no se realiza una atribución patrimonial, porque más que crear obligaciones se liberan las ya adquiridas. La base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, aquí se cede sobre una pretensión y no un derecho. La transacción es un negocio dispositivo, ante todo se dispone de la litis cancelándola, las partes disponen de sus posiciones contrapuestas, con abdicación de sus pretensiones, mediante concesiones mutuas y regulación de intereses. La transacción, no es ni puede ser fuente de obligaciones; termina litigios, eventualmente extingue obligaciones, pero no las crea.

Al disponer de la pretensión y de su rechazó, las partes disponen de la relación sustancial sobre la cual recae la controversia, y lo hacen componiéndose, distribuyéndose entre ellas el objeto, en la proporción correspondiente a sus cálculos de probabilidades de éxito y de fuerzas, como por ejemplo reduciendo la pretensión



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

crediticia o real, de modo que cada cual quede con una parte del objeto disputado; o prescindiendo una de su pretensión, a tiempo que recibe de la otra, que retiene dicho objeto o se libera de la eventualidad de una condena, un bien o un servicio, o la promesa de uno u otro; o en fin, celebrando un negocio dispositivo de un bien ajeno a la controversia, en condiciones que tienen en cuenta la controversia. Por medio de la transacción, la situación jurídica de controvertida que era, deviene cierta, y además, una parte puede obtener ventajas sin haber tenido derecho y la otra incurrir en sacrificios sin tener obligación, todo en razón del elemento de la litigiosidad.

Como se deduce de lo expuesto, la transacción lleva inmersa la necesidad de disponer de situaciones litigiosas que están en discusión

Es claro entonces, que las obligaciones que reconoce el hospital no están sometidas a debate alguno y por lo mismo el Ente Público solo paga obligaciones adquiridas que previamente no estaban soportadas en el presupuesto ni en contrato alguno.

La práctica como ya se advirtió, no solo se da en los hospitales ya referidos, sino que cobra vigencia en otros Centros así:

CUADRO No. 2

ENTIDAD	Vigencia 2009		Vigencia 2010		Vigencia 2011	
	No. de contratos	Valor	No. de contratos	Valor	No. de contratos	Valor
Hospital Rafael Uribe	0	0	0	0	0	0
Hospital Pablo VI						
Bosa	0	0	0	0	1	482.000
Hospital Nazareth	0	0	0	0	0	0
Hospital Usaquen	0	0	0	0	0	0
Hospital Fontibón	0	0	0	0	0	0
Hospital del Sur	0	0	0	0	0	0
Hospital San Cristóbal	4	5.346.923	4	11.210.431	0	0
Hospital Turjuelito	0	0	0	0	0	0
Hospital Bosa	11	117.913.503	22	54.568.754	5	21.087.754
Hospital Suba	0	0	0	0	0	0
Hospital Centro Oriente	1	739.000	0	0	0	0
Hospital Engativa	1.264	4.780.761.153	3.414	18.101.270.637	1502	5.189.809.229
Hospital Santa Clara	0	0	0	0	0	0
Hospital La Victoria	0	0	0	0	0	0
Hospital Simón Bolívar	159	7.905.094.709				
Hospital Occidente de Kennedy	0	0	8	452.894.269	6	395.671.654
Hospital El Tunal					1	127.952.448

Fuente: Consolidación información Dirección Salud e Integración Social Contraloría de Bogotá

ey

De la información consolidada en el cuadro anterior, se verifica que de los 17 hospitales que reportaron información, 8 han realizado contratos de transacción. De los cuales, 3 hospitales; El Tunal, Pablo IV Bosa y Centro Oriente, soportan la ejecución de estos contratos con base a la conciliación de un conflicto. Los hospitales que han recurrido a la figura polémica de la transacción (dentro de lo que se puede entrever con la información remitida) además de los Hospitales de Engativa y Simón Bolívar, aunque en menor valor y teniendo en cuenta su presupuesto, son los hospitales de Bosa, San Cristóbal y Kennedy.

El tema resulta preocupante y tiene sus implicaciones de orden jurídico, a más de los riesgos de orden económico que entraña.

En concepto número 10 emitido por la Secretaría Distrital de Hacienda de 21 de octubre de 2001 se dijo: "(...) la transacción conlleva la disposición de unos derechos en que las partes ceden algo de sus derechos que no tiene que ser en proporción igual ni siquiera equivalente, "es de la esencia de la transacción que haya concesiones mutuas o recíprocas" 1. En el caso en consulta, no aparecen las concesiones en virtud, de que, no existe controversia; la transacción "debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir sobre los derechos cuya extensión y existencia son materia de disputa" 2. Tenemos por el contrario, que la entidad no cuestiona la prestación del servicio, las razones que impiden el pago tienen que ver con la imposibilidad de perfeccionar el contrato desde el punto de vista presupuestal, toda vez que, supuesta la inexistencia de la disponibilidad presupuestal y por lo tanto de su registro, se impide el reconocimiento de la deuda y por lo tanto su cancelación.

(...)

En este orden de ideas, ante la imposibilidad de celebrar (...) –contrato firmado con retroactividad-, o de legalizar hechos cumplidos, y ante la inminencia de una demanda por parte de quienes han prestado sus servicios, esta Dirección considera viable que se adelante un proceso de conciliación prejudicial en los términos que establecen las disposiciones sobre la materia.

(...)

De este modo, podemos afirmar que una Empresa Industrial y Comercial del Distrito no puede celebrar contratos de transacción con fundamento en el artículo 2469 del Código Civil para atender obligaciones que fueron adquiridas sin el lleno de los requisitos presupuestales y contractuales, así hubieren sido ejecutados y recibidos a satisfacción por la entidad".

(...)

En similar sentido se expresó la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto 1127 del 20 de agosto de 1998, CP, Javier Henao, al afirmar que si bien las Empresas Sociales del Estado, y otras entidades públicas, que en materia de contratación se rigen por el derecho privado, eso "no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa" y concretamente al referirse al Contrato de Prestación de Servicios que nos ocupa, que permite varias modalidades, es enfática al indicar que cuando su objeto es la prestación de servicios de salud y "para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Entidad Estatal", como lo contempla expresamente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las Empresas Sociales del

Estado "deberán acogerse en su celebración a las disposiciones pertinentes en dicha ley con observancia de sus principios orientadores (...). En las demás modalidades para la celebración de este contrato se regirán por las normas correspondientes del derecho civil (...) o por las del Código del Comercio".

De allí es clara la irregularidad que cometen los hospitales públicos al adelantar contratos de transacción, con desconocimiento de las normas sobre presupuesto contenidas en el decreto 714 de 1996 y decreto Ley 111 del 96 que en su artículo 71 dispone: "Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos".

Lo contrario equivale como efectivamente está sucediendo, a violar el deber de contar previamente con las apropiaciones disponibles para la celebración de los contratos y tener desde el inicio de la ejecución, el correspondiente registro presupuestal; requisito que garantiza que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

No puede desconocerse que ninguna autoridad puede tramitar o legalizar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gasto, cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos, acarreará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.

Se reitera entonces, que la falta de planeación en que incurren los hospitales al pretender legalizar hechos cumplidos a través de los mal aplicados contratos de transacción, no son de recibo por parte de la Contraloría de Bogotá, en la medida en que no están dados los presupuestos para la aplicación de la figura; es decir no existe conflicto, no se cuestiona el cumplimiento de la prestación, existe acuerdo entre las partes, no hay que hacer concesiones recíprocas y en definitiva, la transacción se hace sobre derechos jurídicos de carácter legal a los cuales no se puede renunciar.

Ahora bien y desde el punto de vista del riesgo de pérdida de recursos en que se encuentran los Hospitales, es de advertir que muchos de los servicios que prestan las personas que no tienen con las entidades ningún vínculo de tipo contractual, no están amparados por una garantía, a la cual se pueda acudir ante un eventual incumplimiento o producción de un daño surgido de la acción u omisión del ejecutor.

Idéntica situación se puede generar respecto de los bienes que se suministren al hospital, sin la debida legalización de un contrato y las garantías que lo respalden.

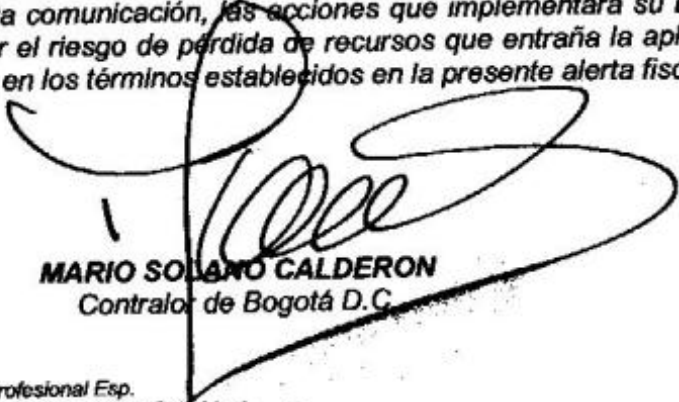
A lo expuesto se suma, el hecho de enfrentar la eventualidad de un proceso litigioso, en donde el prestador del servicio, solicite la cancelación de cuantiosas sumas por la demora en el pago o el reconocimiento de mayores valores a los realmente adeudados por inexistencia de prueba de la prestación.

9

Por lo expuesto, señor Alcalde, es imperativo que su Despacho, evalúe la situación planteada y ordene la adopción de medidas efectivas tendientes a lograr que muchos hospitales de los que conforman la red pública, no sigan aplicando de manera inadecuada la figura de la transacción, como medio de solución de conflictos, con desconocimiento del principio de planeación, violación de las normas presupuestales, y con riesgo de detrimento al patrimonio del Sector Salud del Distrito, al tiempo que se dará traslado de esta situación a la Procuraduría General de la Nación para que determine lo que sea de su competencia.

En este orden, de manera atenta le solicito se sirva informar dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de esta comunicación, las acciones que implementará su Despacho, con miras a lograr conjurar el riesgo de pérdida de recursos que entraña la aplicación de la figura de la transacción, en los términos establecidos en la presente alerta fiscal.

Con toda atención.



MARIO SOLANO CALDERON
Contralor de Bogotá D.C.

Proyecto: Claudia Acevedo Ritter- Profesional Esp.
Revisó y ajustó: Hermelina Angulo- Directora Sector Salud (e)
Revisó y aprobó: Clara Alexandra Méndez- Contralora Auxiliar 