

100000-

Señor Doctor
HECTOR ZAMBRANO RODRIGUEZ
Secretario Distrital de Salud
Carrera 32 No. 12 – 81
Bogotá D.C.

Ref: Pronunciamiento por la suscripción de contratos de transacción en los hospitales Simón Bolívar III Nivel de Atención y Engativá II Nivel de Atención.

Respetado Doctor:

La Contraloría de Bogotá, D.C, en desarrollo de las facultades constitucionales establecidas en la Carta Política de 1991, de vigilancia a la gestión fiscal de la Administración Distrital, adelantó auditorias regulares con enfoque integral en los Hospitales Simón Bolívar III Nivel de Atención y Engativá II Nivel de Atención, dentro de los PAD 2009 y 2010, producto de las cuales se advirtió en estas instituciones hospitalarias la suscripción de contratos de transacción por cuantías de **\$3.798** y **\$4.780** millones, respectivamente.

De la evaluación a dicha situación, este Ente de Control verificó que se pagan obligaciones adquiridas y ejecutadas previamente con terceros, para beneficio del (os) hospital (es), que no están soportadas por el presupuesto, ni por contrato, mediante la figura excepcional de la transacción definida en el artículo 2469 del Código Civil Colombiano, como "*(...) un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.*".

Así mismo, se constató que el objeto de los contratos de transacción auditados, suscritos en el hospital de Engativá se relacionan con los servicios de transporte, aseo, asesorías, personal para facturación, apoyo al área administrativa, como referentes, auxiliares (*de oficina, mantenimiento, servicios generales*), técnicos e ingenieros de sistemas, mensajeros, ejecutivos de cuentas, cajeros, informadores, economistas, personal de apoyo jurídico, contadores públicos, digitadores, recepcionistas, administradores de empresas, supervisores de servicios, actividades que desvirtúan el principio de continuidad en la salud, alegado por el hospital, como justificación para efectuar los contratos de transacción.

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

Igualmente, se estableció que sobre situación análoga, ya se expidieron algunos planteamientos inmersos en el Concepto N° 10 de la Secretaría de Hacienda Distrital proferido el 21 de octubre de 2001 en el que se manifiesta, que "(...) 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."

Por otra parte y para fortalecer un análisis más actual, referida a la conciliación extrajudicial, en cuanto a la forma de solucionar un posible conflicto para que este no llegue al contencioso administrativo, se debe atender lo descrito en la Sentencia C – 713 de 2008 en la que se estudió la constitucionalidad de la Ley 1285 de 2009 y en la que se insiste que: "(...) con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente ..." y "... sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa."

Como corolario de los hechos verificados y argumentos atrás anotados, se generan posibles irregularidades por las situaciones que a nuestro criterio transgreden lo consignado en la Ley Orgánica de Presupuesto -Decreto 111 de 1996 y 714 de 1996; Decreto 195 de 2007, artículos 20 y 22; el Manual de Contratación del Hospital de Engativá II Nivel de Atención, Acuerdo 003 del 3 de marzo de 2006 artículos 2 y 9; y posiblemente la Ley 734 de 2002, en sus artículos 34 numerales 1 y 3, 35 numeral 1 y 48 numeral 22, así como ser constitutivo de una posible infracción a la norma penal vigente.

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

En ese orden de ideas, vale la pena señalar que la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá, con ocasión del hallazgo administrativo con incidencia penal encontrado en el desarrollo de la auditoría regular adelantada en el Ciclo II del Plan de Auditoría Distrital PAD 2010 al Hospital de Engativá II Nivel de atención, señaló entre otras cosas:

"(...) La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sección tercera, radicado 1100103260002008007300, al declarar infundado el recurso de anulación interpuesto en contra del laudo arbitral proferido el 9 de junio de 2008 por un tribunal de arbitramento que decidió las controversias presentadas entre la sociedad Serviaseamos S.A. y el Hospital Departamental de Cartago, Empresa Social del Estado, con ocasión de los contratos de prestación de servicios de lavandería y de adquisición para el uso con opción de compra de prendas hospitalaria, manifestó:

"Cabe precisar que si bien es cierto, el régimen jurídico constituye un aspecto determinante de la manera en que puede obrar una entidad pública o privada, también lo es, que dicho régimen en manera alguna define la competencia jurisdiccional; este criterio ha sido adoptado por esta misma Sala, para analizar la naturaleza jurídica de los contratos regidos por la ley 80 de 1993 y los celebrados bajo el amparo del derecho común, SOBRE LO CUAL SE HA DICHO QUE AMBOS SON CONTRATOS ESTATALES, no obstante encontrarse regidos por dos ordenamientos jurídicos sustantivos diferentes".

En otras palabras, de dicho pronunciamiento se desprende que la Alta Corporación Judicial citada considera que se reputa contrato estatal, no sólo el que ha sido celebrado bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, o ley general de Contratación Administrativa con independencia del régimen de derecho que se aplique, sino también aquellos celebrados bajo las normas del derecho privado o común por entidades estatales, como lo son, sin género de dudas, las Empresas Sociales del Estado. Con razón la doctrina ha dejado dicho que contratación estatal es formal y que por lo tanto carece de la libertad de configuración de las relaciones jurídicas que son de naturaleza meramente civiles o comerciales.

Esta Contraloría acata la posición mayoritaria y reiterada de la Sala Jurisdiccional del Consejo de Estado, que hizo énfasis en la naturaleza estatal de los contratos que celebran las Empresas Sociales del Estado, pese a que, para hacerlas más competentes y ágiles en el desarrollo de su actividad, éstos puedan regularse por las normas civiles y comerciales que sean compatibles con su naturaleza de entidad estatal, cuyo objeto, como bien lo señala el numeral 2 del artículo 195 de la Ley 100/93 es la prestación del servicio público de salud, constitucionalmente a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social, lo que justifica que gocen de una autonomía contractual limitada ya que a su vez están sujetas al acatamiento de disposiciones legales a las que no se someten los contratos privados, pero entendible por su condición de ser Empresas Sociales del Estado.

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

En similar sentido se expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, concepto 1127 de 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 registrarán por las normas correspondientes del derecho civil (...) o por las del Código de Comercio"*.

De donde la validez de los hallazgos detectados y el sometimiento a la normatividad administrativa, (leyes 80/93, y 179/94 y D.L. 111/96), desconocida por funcionarios del Hospital de Engativá, no desvirtúa la irregularidad de los contratos de prestación de servicios celebrados por la E.S.E con violación al deber de tener previamente las apropiaciones disponibles para su celebración y contar al menos desde el inicio de ejecución, con el correspondiente registro presupuestal.

Estos contratos como lo destaca el Informe de Auditoría están referidos a servicios de transporte, asesorías, personal para facturación, aseo, mantenimiento y servicios generales, apoyo al área administrativa, ejecutivos de cuenta, supervisores y otros oficios relativos a actividades relacionadas con el mantenimiento y funcionamiento de la entidad hospitalaria, expresamente contenidas en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, que el Consejo de Estado le predica aplicable, y que el argumento de proteger la continuidad del servicio no justifica, toda vez que para que la misma no se afecte, la ley consagró mecanismos ágiles y legales como la Urgencia Manifiesta, que permite incluso según la inminencia de la amenaza de daño realizar contratos verbales, siempre que los hechos que la imponen sean sobrevinientes e imprevistos, no hayan sido originados por causa imputable a culpa de quien la declara y demás condiciones exigidas por la ley 80 de 1993.

Pretextando una continuidad del servicio de Salud, de estar ésta justificada, lo que el Hospital de Engativá ha debido hacer es acudir a la figura que la ley previó para tales casos, y celebrar soportada en ella, los contratos de prestación de servicios que requiera, esto de ser cierto que estaba en riesgo la continuidad del servicio de salud, hecho que le permitía entrar a utilizar tal instituto de emergencia. En lugar de ello, prefirió no acudir a los instrumentos legales y celebrar contratos de prestación de servicios sin contar con la previa DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL.

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

En torno al tema, la Sala Jurisdiccional, sección III del H. Consejo de Estado, en decisión de 28 de septiembre de 2006¹ - Véase además el Auto de se pronunció manifestando que, por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993, el contrato estatal existe, esto es, “*se perfecciona*” cuando “*se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito*”, **y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996**, enfatizando que el requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.

Dicha manifestación aunada a las anteriores, avalan el señalamiento del hallazgo administrativo al que llegó la Dirección Sector Salud de la Contraloría de Bogotá contra el Hospital Engativá II Nivel E.S.E. en desarrollo de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral vigencia 2009, que practicó en su sede, la cual consideró tenía incidencia disciplinaria y penal, por lo que dispuso darle el correspondiente traslado a las autoridades competentes, toda vez que encontró que se suscribieron 1264 contratos de transacción relacionados con órdenes de prestación de servicios que se habían dejado de cancelar a los contratistas durante la vigencia 2009, en diversos meses, que pudo individualizar se referían a los meses de abril, mayo, junio, septiembre, octubre y noviembre/09.

En otras palabras que la situación de contratar careciendo de disponibilidad presupuestal lejos de ser un hecho aislado, de por sí violatorio de las Leyes 80 de 1993 y 179 de 1994, y del Decreto ley 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto se prolongó durante gran parte de la vigencia 2009 de manera reiterada.

El artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto reza: “*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*”

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

¹ Consejo de Estado, decisión 28 septiembre 2006, Actor Sergio David Martínez Sanchez, Demandado: Municipio de Coyaima, Tolima, Radicación No. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307)



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones."

La apreciación de las antedichas normas, dio lugar a la Aclaración de voto (no salvamento, porque la decisión fue unánime) del Consejero Alier Hernández E. para quien el registro presupuestal es requisito ya no de la ejecución sino del propio perfeccionamiento del contrato, arguyendo que si bien la norma presupuestal (La Ley 80/93 la refiere a Contratos) hace alusión al "perfeccionamiento de "actos administrativos", la misma ha de entenderse hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto-ley 111 de 1996 y de la misma ley 179 de 1994, que establece:

"Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto." (resalta la Sala).

Traemos a colación lo anterior para enfatizar que independientemente de que se considere, que la disponibilidad presupuestal es requisito de perfeccionamiento y el registro para poder proceder a su ejecución, o como lo considera el doctor Hernández E, ambos son exigencias para el perfeccionamiento, para los efectos del caso sub examine da igual porque las mencionadas órdenes de prestación de servicio se ejecutaron sin existir ni disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal, en abierta violación tanto a las Leyes 80 de 1993 y 179 de 1994, y del Decreto -Ley 111 de 1996, Artículo 2º.

Así las cosas, el incumplimiento de los requisitos legales en que incurrieron los funcionarios del Hospital de Engativá, no da lugar a ser subsanado posteriormente, y menos mediante una supuesta "transacción" ordenada por el Comité de Conciliación de la E.S.E., que no resultaba procedente, por inexistencia de los presupuestos de la transacción, por inexistencia de conflicto a resolver, toda vez que la ESE se había declarado satisfecha del servicio ejecutado por la Contratista sin cuestionar la obligación de pagarle lo pactado, y existiendo acuerdo entre las partes contractuales y sobre el alcance de los derechos y obligaciones que les corresponden, por sustracción de materia, no había prestaciones, contraprestaciones, divergencias, ni concesiones recíprocas de ninguna índole que transar.

De otra parte, no se pretenderá que sean transables las obligaciones contractuales y presupuestales, porque uno de las exigencias de toda transacción es que recaiga sobre derechos económicos, no sobre deberes jurídicos impuestos por la ley, que, por ende, no son susceptibles de ser "renunciables".

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

Consecuentemente, no pueden celebrarse contratos de transacción con fundamento en el artículo 2469 del Código Civil para atender obligaciones que fueron adquiridas sin el lleno de los requisitos legales, esto es, para legalizar *hechos cumplidos*, que aparte de no ser materia de transacción no tiene la virtualidad de inhibir los procesos que contra el verdadero perjudicado que es el Estado, puedan adelantarse por las autoridades competentes.

El hecho del pago a los contratistas que prestaron los servicios, si la prestación fue hecha a cabalidad, constituyó un pago de lo debido por parte de la E.S.E. soportado en la prohibición de enriquecimiento ilícito por parte de los contratantes, pero que por no ser cuestionado por la contratista no era objeto de transacción y por ende de conciliación alguna.

Acorde con lo señalado, se han encontrado casos como la conciliación prejudicial celebrada en once de febrero de 2008 ante la Procuraduría Primera Judicial Administrativa entre CARIDIANBCT S.A. y el HOSPITAL MEISSEN E.S.E., la cual fue improbadada por el Juzgado Treinta y siete Administrativo Circuito de Bogotá, el cual señala en su sentencia y entre sus apartes el artículo 67 del Decreto 1818 de 1998 que señala *“lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquella repita total o parcialmente contra este.”*

Igualmente se trae a consideración la circular No.005 de 3 de febrero de 2009, emitida por el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado dirigido a los miembros de los comités de conciliación en la que se indicó que entre los presupuestos de la conciliación en materia administrativa esta: *“h. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley”*.

Finalmente se extracta del fallo indicado la alusión que se hace en el mismo frente a la posición asumida por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, frente a *“(…) la teoría del enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones, aunque subsidiaria”, señalándose que “(…) En providencia del 30 de marzo de 2006, expediente 25.662, se retomó la tesis de la improcedencia de la teoría del enriquecimiento sin causa ... De igual manera ocurre, cuando el particular ejecuta prestaciones sin contrato, obrando por su cuenta y a sabiendas que no hay siquiera una relación precontractual, pues en este evento se está eludiendo claramente la aplicación de las normas que rigen la formación, existencia y ejecución de los contratos estatales. Se advierte que el particular incurso en esta situación, debe asumir los efectos de su negligencia, pues el daño proviene exclusivamente de su propia actuación. También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la*

“Al rescate de la moral y la ética pública”



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que esta suspendido legalmente..."²

De conformidad con las anteriores consideraciones, Señor Secretario, es preciso efectuar el presente pronunciamiento para que, el despacho a su digno cargo, valore la pertinencia de adoptar medidas conducentes y efectivas que eviten que las entidades que conforman la red hospitalaria distrital, apliquen de manera indebida la figura de contratos de transacción cuando no existan los presupuestos legales para ello, circunstancia que podría ocasionar eventuales detrimentos al patrimonio público del sector salud distrital

Cordialmente,

MIGUEL ANGEL MORALESRUSSI RUSSI
Contralor de Bogotá D.C.

Proyectó y elaboró: Martha Cuellar López

Revisó: Rafael Humberto Torres Espejo - Director Sector Salud e Integración Social. Juan Guillermo Plata Plata - Subdirector Fiscalización Salud.

Ajustó: Gabriel E. Riveros. Asesor Despacho

² Expediente 14.669, actor JAIME ARTURO DORADO MOREANO