

659



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ D.C.

18000- 689 30 SEP 2010

PARA: Doctor VICTOR MANUEL ARMELLA VELÁSQUEZ
Contralor Auxiliar

DE: DIRECTOR OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto Jurídico

REF: Memorando No. 20000-201077558 del 27 de septiembre de 2010

La presente contiene el Concepto solicitado por su despacho, sobre el Hallazgo Administrativo con posible incidencia disciplinaria y penal, detectado por la Auditoría realizada por la Dirección Sector Salud e Integración Social, al Hospital de Engativá. En general coincidimos con lo expuesto en el informe, sin embargo procederemos presentar algunas consideraciones al respecto y a transcribir partes pertinentes de reciente jurisprudencia, que puede servirles.

Sea lo primero señalar que la ley 80 de 1993, o estatuto de contratación administrativa, define en su artículo 32 que: **"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como a los que a título enunciativo, se definen a continuación:**

1) **Contratos de obra...**

2) **Contratos de Consultoría...**

3) **Contratos de Prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales**

cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

(...)

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Si bien el artículo 195-6 de la Ley 100 de 1993, como lo indica el hospital de Engativá, dispone que en materia contractual se regirá por el derecho privado, agregó que podrá discrecionalmente utilizar cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto general de Contratación Administrativa; y, además, sometió a las Empresas Sociales del Estado en forma expresa a la ley orgánica de presupuesto y a las normas de tributación, y a tal efecto, dijo:

"7. El régimen presupuestal será el que se apruebe en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se establezca un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los límites previstos en la presente ley"; ordenando en su artículo 197 el reestructuramiento de las entidades territoriales descentralizadas prestadoras de servicios de salud para adaptarlos al capítulo III de la Ley 100/93.

"8. Por tratarse de una ENTIDAD PÚBLICA podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales", como en efecto lo hacen.

"9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos".

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sección tercera, radicado 1100103200002000007300, 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:

660



**CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.**

"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, se 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.

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

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 16 N° 79 - 34
PBX: 219 39 00



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

públicas, que en materia de contratación se rigen por el derecho privado, que *"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 erróneo el 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 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 lejos no deviene 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 régimen 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 aplica aplicable, y que el argumento de preservar la continuidad del servicio no justifica, toda vez que para que la misma no se afecte la ley contempla mecanismos flexibles y ágiles 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 causados por causa imputable a culpa de quien la declara y demás condiciones exigidas por la ley 80 de 1993. Pretendiendo 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

4

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 16 N° 79 - 34
PBX: 219 39 00

651



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

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.

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 la Ley 80 de 1993 y la 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:

¹ Consejo de Estado, decisión 28 septiembre 2006, Actor Sergio David Martínez Sánchez, Demandado: Municipio de Coyalma, Tolima, Radicación No. 73001-23-31-000-1997-08001-01(16307)

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 16 N° 79 - 34
PBX: 219 39 00



**CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.**

"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.

(...)

***"Cualquier compromiso que se adquiere con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones."
(se colocan negrillas).***

La apreciación de las antedichas normas, dio lugar a la Aclaración de voto (no salvamento, porque la decisión fue unánime) del Consejo 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

6

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ. D.C.

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 dictan 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 Alier, 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

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 16 N° 79 - 34
PBX: 219 39 00

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".

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 el contratista no era objeto de transacción y por ende de conciliación alguna.

Coincidimos con los conceptos el desarrollo y las consideraciones finales expuestas por la auditoría para responder los argumentos distractores de la E.S.E., frente a los cuales, no hay que perder de vista, que si o los hallazgos administrativos, tienen soporte en el hecho de haber suscrito, ejecutado y liquidado contratos u "órdenes" de prestación de servicios, pretermitiendo los requisitos de Ley, la disponibilidad y el registro presupuestal.

Desconoce esta oficina asesora, si además de tal irregularidad, existió fraccionamiento de contrato, análisis que deberá realizarse de iniciarse por parte de esta Contraloría contra el Hospital de Engativá Proceso Administrativo Sancionatorio, o bien, si los órganos disciplinarios (Personería Distrital o Procuraduría General) deciden emprender las correspondientes investigaciones disciplinarias y un análisis detallado pero integral de las órdenes de servicios permite llegar a tal conclusión y lo que se buscó fue pretermitir los procesos de

8

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

selección, la búsqueda de oferentes, la mejor oferta, etc, en la multiplicidad de órdenes emitidas, toda vez que un hallazgo puede dar lugar a la apertura de un proceso, pero el juzgador no tiene que ceñirse a la materia expuesta en ese, porque los procesos administrativos, disciplinarios y /o penales, difieren como es obvio de los que se originan por una justicia rogada, e imponen al juzgador ceñirse a los términos de la litis. En cambio, en los procesos de naturaleza punible, existe gran amplitud del juez por su carácter oficioso.

Hasta donde esta Oficina pudo apreciar se violó el régimen de contratación estatal, por cuanto en dichos contratos de prestación de servicios, se observa la falta de disposición presupuestal previa a la celebración del contrato, y, eventualmente, la carencia de estudios previos y de precios de mercado, aspectos estos últimos que pueden ser objeto de investigación, porque la conducta punible puede darse en la etapa precontractual, de celebración y/o de liquidación.

Debe sin embargo precisarse que la falta de perfeccionamiento del contrato no puede identificarse con su inexistencia, si existió el acuerdo de voluntades, sobre el objeto y las mutuas prestaciones, menos aún en el caso de que el contrato de prestación de servicios haya sido celebrado, ejecutado, liquidado y además como ocurre en el caso sub examine se pagó por encontrarlo a satisfacción.

En cuanto a la posible Incidencia Penal, la obligación constitucional y legal de la Contraloría de Bogotá, es como la de cualquier otro servidor público, poner en conocimiento de las autoridades los hechos que considere pueden constituir violación a alguna norma penal, sin que tenga que darle explicaciones al sujeto de control, sobre las razones que lo motivaron e incluso ni siquiera sobre las normas supuestamente violadas, que debe señalar como presuntamente trasgredidas por no tener competencia para calificarlas.

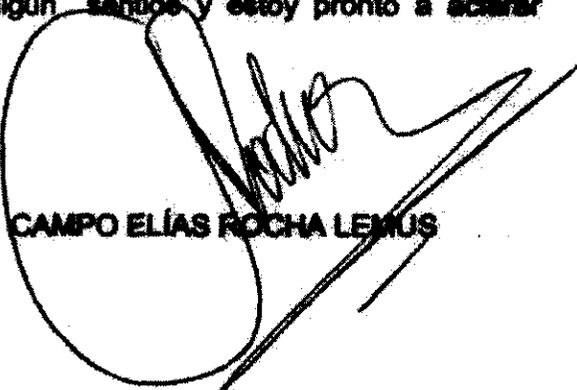
Ya la Justicia Penal determinará si abre o no investigación, si es procedente iniciarla por eventual trasgresión al artículo 410 de la Ley

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co
Cra 16 N° 79 - 34
PBX: 219 39 00

599 de 2000², o con fundamento en otra norma legal, o incluso no abrirla. La relación de hechos, las presuntas normas violadas y las consideraciones plasmadas en el informe deben ser verificadas por el juez, a través de medios probatorios, de donde por se son inanes e inhábiles para determinar al juez en algún sentido.

Espero haber contribuido en algún sentido y estoy pronto a aclarar cualquier inquietud.



CAMPO ELÍAS ROCHA LEMUS

Proyectó: Leticia Margarita Gómez Paz

Asesora Despacho Contralor

² Art. 410 L 599/00: "El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión... e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal de Casación, MP. Augusto I. Ibañez Guzmán, P. 30512, Acta 138) El Artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 148 del Código anteriormente vigente, describe como conducta delictual tramitar sin observación de los requisitos esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos. Razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de cada requisito en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma, se integra la normalidad vigente para la conducta considerada como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o liquidación y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa. (Sala plena de la Corte Constitucional veintinueve de agosto de 2001. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

Por tratarse de un tipo penal en blanco se señalan los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993