



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

16000-

Doctor

LUIS GUILLERMO CANTOR WILCHES

Gerente Hospital Simón Bolívar III Nivel ESE

Carrera 7ª N° 165-00

Bogotá D.C.

REF. Oficio radicado con el número 201002929 el 18 de enero de 2010.

Respetado Doctor Cantor:

Este despacho ha tenido conocimiento de la consulta la referencia, mediante el cual solicita usted a este órgano de control fiscal un pronunciamiento sobre el mecanismo de transacción, como medio alternativo de solución de conflictos, utilizado por esa empresa social del Estado para el pago de bienes y servicios.

Antes de proceder a la absolución de su inquietud, es necesario precisar si la Contraloría de Bogotá D.C. es competente para emitir concepto previo dado el alcance de sus funciones constitucionales y legales discernidas en los Incisos 1° y 2° del Artículo 267 de la Constitución Política de Colombia al señalar que:

"El control fiscal es 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 de la nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley".

De igual manera, tanto la Ley 42 de 1993 como el Decreto-ley 1421 de 1993 y la Ley 610 de 2000, fijan en su conjunto el marco normativo básico dentro del cual se circunscriben las atribuciones y responsabilidades de la Contraloría de Bogotá D.C., normas que no incluyen como deber funcional emitir conceptos previos de ninguna naturaleza.

1

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

No obstante y en consideración a las consecuencias que pueden derivarse, que es su preocupación, me permito hacer las siguientes consideraciones:

- Dentro del Ciclo II del PAD 2009 se realizó Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral-Modalidad Regular en el Hospital Simón Bolívar III Nivel de Atención ESE, vigencia 2008, habiéndose presentado a la administración el Hallazgo No. 3.5.13., que se transcribe a continuación:

"3.5.13. El Hospital se encuentra legalizando hechos cumplidos a través de la suscripción de contratos denominados de transacción".

Es menester aclarar que en tales casos, la solicitud de transacción se formula al comité de conciliación de la citada empresa social del Estado para que éste apruebe, quedando así consignado en las respectivas actas, sin llevar a cabo el análisis y estudio de viabilidad de la prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Los argumentos expuestos por ese sujeto de control fiscal no fueron compartidos por la Dirección del Sector Salud e Integración Social de esta entidad. En primer lugar, por cuanto lo que se cuestiona no es el contrato de transacción en sí mismo, sino que mediante este tipo de actos se reconozcan y paguen compromisos adquiridos con antelación a su suscripción. En segundo lugar, porque no fue aceptada la aseveración según la cual ese hospital tiene como misión la prestación del servicio de salud en forma continua, siendo su obligación privilegiar por sobre cualquier otro, el derecho fundamental a la vida, por cuanto suscribió transacciones con el objeto de reconocer y pagar las obligaciones causadas como consecuencia de avisos publicitarios, la clasificación y cobro de cartera, arriendo de computadores, mantenimiento del parque automotor, entre otros, los que para el grupo de auditoría no están destinados directa o indirectamente para salvaguardar la vida o para garantizarla.

Conviene entonces enfatizar que conforme con el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, gozan de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y su creación corresponde a la ley, a las asambleas o a los concejos municipales, según el caso, encontrándose sometidas al régimen jurídico previsto en tal estatuto, del cual

2

"Al rescate de la moral y la ética pública"



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

se deriva que **“en materia contractual se regirán por el derecho privado,** pero podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública”.¹ (Negrillas y subrayado fuera de texto), tratamiento que para el caso de los hospitales del distrito capital previó igualmente el Artículo 23 del Acuerdo 17 de 1997, por el cual se transforman en empresas sociales del Estado los establecimientos públicos distritales prestadores del servicio público de salud.

Dichas cláusulas, que el estatuto contractual denomina “excepcionales al derecho común”, son las de: interpretación, modificación y terminación unilaterales; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad, que rige para los contratos de obra y los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado. En esta última clase de contratos, especialmente los de gran minería, es forzoso incluir la cláusula de reversión, con el fin de que al vencimiento del término respectivo, los elementos y bienes directamente afectados a la explotación o concesión pasen a título gratuito a ser propiedad de la entidad contratante (Ley 80 de 1993, Artículos 14-2 y 19).

El estatuto general de contratación de la administración pública, expedido mediante la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (Artículo 1º). Así, enumera las que denomina entidades estatales, entre las cuales se encuentran, además de la nación, los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas, los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos, “las demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles” (Artículo 2º).

Como consecuencia y dada la generalidad del estatuto, las mencionadas entidades estatales se regirán, al celebrar sus contratos, “por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (Artículo 13), o dicho en otros términos, las estipulaciones de los contratos estatales serán las previstas en la Ley 80 de 1993 y disposiciones que la modifiquen así como por aquellas

¹ Numeral 6º del Artículo 195 de la Ley 100 de 1993.



que de acuerdo con las normas civiles y comerciales, correspondan a su esencia y naturaleza (Artículo 40).

Entre las materias particularmente reguladas por la ley contractual a que alude el citado Artículo 13, se encuentran los procedimientos de selección (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa), las cláusulas excepcionales al derecho común, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, y determinados contratos (de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública).

De manera similar, en procura de otorgar mayor agilidad y capacidad de competencia a determinadas entidades oficiales, leyes posteriores establecen nuevas excepciones. Así ocurre, verbigracia, con las universidades (Ley 30 de 1992), con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y con las Empresas Sociales del Estado (Ley 100 de 1993). Sólo que en este último evento, la ley se limita a disponer que se regirán en materia de contratación "por el derecho privado" y autoriza la utilización discrecional de las llamadas cláusulas excepcionales o exorbitantes, sin establecer para tales empresas una legislación sustitutiva, que específicamente les sea aplicable.

Con todo, señala el Consejo de Estado², "esa regla general no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar porque, **al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebran determinados contratos estatales que regula la ley 80, a esta regulación deberán atenerse.** Estos contratos son precisamente los que define su Artículo 32: el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de

² Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 1127. 20 de Agosto de 1998. C.P. Dr. Javier Henao Hidrón.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva". (Negritas y subrayado fuera de texto).

Especial mención merece el contrato de prestación de servicios, en cuanto constituye la modalidad tal vez más común dada la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, pues como auxiliar de la administración, el contratista de prestación de servicios actúa con independencia y presta sus servicios al Estado en forma temporal.

Como se sabe, el contrato de prestación de servicios ofrece variantes, tales como para la prestación de servicios profesionales, para la ejecución de trabajos artísticos, para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, para la prestación de servicios de salud y para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad estatal, que no pueden realizarse con personal de planta.

Como sólo la última modalidad enunciada está regulada directamente por la Ley 80 de 1993 (Artículo 32, numeral 3º.) las ESE, agrega el Consejo de Estado, "deberán acogerse en su celebración a las disposiciones pertinentes de dicha ley, con observancia de sus principios orientadores y del proceso de selección allí previsto. En las demás modalidades, para la celebración de este contrato, se regirán por las normas correspondientes del derecho civil, que regulan el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, o por las del Código de Comercio relacionadas con el contrato de suministro de servicios (Artículo 968). Mediante este último, una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios³.

De otro lado, resulta imperioso enfatizar que los criterios de selección, dispuestos por el estatuto de contratación de la administración pública para la escogencia del contratista en forma objetiva y atendiendo al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, son de obligatoria observancia para las entidades estatales a que dicha ley se refiere, tanto en selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos como en la contratación directa,

³ A este contrato se refirió la Sala en la consulta No. 951 de 1997.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

Para las entidades estatales que se rigen por las normas de derecho privado, también es posible la aplicación de dichos criterios, si así lo dispone la ley que establezca para ellas un régimen específico. En caso contrario, como sucede con las ESE, la administración puede establecer criterios propios, acordes con la naturaleza de sus objetivos, en el reglamento interno de contratación.

En estas condiciones y a efectos de cumplir el objeto social de las Empresas Sociales del Estado, es preciso garantizar el oportuno suministro de los insumos necesarios para la adecuada prestación del servicio de salud⁴. Tal prerrogativa no puede devenir en abuso hasta el punto de recurrir al desconocimiento del régimen legal vigente sobre contratación, aún en el entendido que frente a eventos específicos, es el derecho privado el que rige.

Dentro de este contexto, la prestación del servicio de salud se rige por las normas previstas para el contrato de suministro por los Artículos 968 y siguientes del Código de Comercio, en cuanto apunte a los beneficios, la atención, la protección integral de salud con atención preventiva, médico-quirúrgica y de rehabilitación y los medicamentos esenciales.

Los demás bienes y servicios requeridos por los hospitales en cuanto entidades públicas (y no en su condición de empresas sociales del Estado) para atender sus necesidades ajenas al servicio de salud pública, se someten a las prescripciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública. No en vano éste (Artículo 32 de la Ley 80 de 1993) prevé de manera inequívoca que sin importar su naturaleza jurídica, todos los destinatarios de la mencionada ley, deben tener en cuenta que para efectos legales "son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen": contrato de obra, contrato de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Conviene recordar que la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993 establece que la selección del contratista se efectuará a través de la modalidad de selección abreviada en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o

⁴ Entendido como un servicio público a cargo del Estado y como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, siendo procedente, entre otros eventos y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, para "la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud". El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios. (el subrayado no es del texto).

Por las razones expuestas, el contrato de transacción no puede ser utilizado por las empresas sociales del Estado con sede en Bogotá D.C. para reconocer y pagar emolumentos económicos derivados de obligaciones causadas por el cobro de cartera, el arriendo de computadores, publicidad, mantenimiento del parque automotor, por ejemplo, pues al hacerlo, se incurre en presuntas conductas disciplinables, a la luz de la Ley 734 de 2002, además de infligir, posiblemente, daño al patrimonio público, en cuanto la cancelación de tales recursos podría tener origen en una conducta dolosa o gravemente culposa que de conformidad con la Ley 678 de 2001, conlleva reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, "proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto"⁶, fundamentos éstos de la acción de repetición. (Subrayado fuera de texto).

Tratándose la transacción de un mecanismo para ponerle fin a un conflicto, como ocurre con la conciliación, es del caso señalar la posición de la jurisprudencia nacional⁶:

- Sentencia C-893 de 2001, MP. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte Constitucional declaró inexecutable, entre otras, las normas que habilitaban al Gobierno para expedir el reglamento de los centros de conciliación en materia de lo contencioso administrativo, las que facultaban a los centros de conciliación para adelantar conciliaciones en asuntos de la jurisdicción contencioso administrativa y las que señalaban que la conciliación extrajudicial supliría la vía gubernativa en las controversias de orden laboral.

- Sentencia C-1195 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy. La Corte Constitucional encontró en términos generales, ajustada a la constitución, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad

⁵ como es la transacción.

⁶ Sentencia C- 713 de 2008. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

para acudir ante las instancias judiciales. Respecto de la conciliación en materia contencioso administrativa, prevista entonces para los asuntos tramitados mediante las acciones señaladas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (acción de reparación directa y acción de controversias contractuales), la Corte explicó algunas de sus características y encontró ajustada a la Constitución el requisito de procedibilidad. Dijo entonces:

"En primer lugar, con el fin de proteger la legalidad y los intereses patrimoniales del Estado, la conciliación administrativa debe ser aprobada judicialmente

En segundo lugar, la conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.

En tercer lugar, la conciliación administrativa impone a los representantes de las entidades públicas no sólo la obligación de concurrir a la audiencia de conciliación, sino además la obligación de discutir las propuestas de solución que se hagan, salvo que exista justificación para ello, y de proponer fórmulas de solución. El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a sanciones disciplinarias". (subrayado fuera de texto).

- Sentencia C-417 de 2002. Reafirma la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la Corte aclara que lo que se exige no es la celebración de un acuerdo conciliatorio, sino el intento de conciliación como paso previo y necesario para acudir ante la administración de justicia:

"La distinción entre la conciliación como acuerdo y el intento de conciliación como proceso es entonces decisiva, pues esa diferencia muestra que no hay nada de contradictorio en defender el carácter autocompositivo y voluntario de la conciliación con la posibilidad de que la ley imponga como requisito de procedibilidad que las partes busquen llegar a un acuerdo".

- Sentencia C-338 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte Constitucional declaró exequible varias normas de la Ley 678 de 2001, que permiten hacer uso de la acción de repetición cuando el reconocimiento



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

indemnizatorio no proviene de una condena sino de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. En esta oportunidad la corte hizo referencia a la posibilidad de acudir a la conciliación en las etapas prejudicial o judicial y con base en el acuerdo adelantar la correspondiente acción de repetición. Debido a la importancia de las consideraciones allí expuestas para el análisis del presente caso, se transcriben algunos de los fundamentos más relevantes:

"En conclusión se tiene, que las normas relativas a la materia permiten a un particular conciliar sus pretensiones contra el Estado, aún tratándose de aquella acción de que trata el inciso primero del artículo 90 de la Constitución, bien de manera prejudicial, judicial o extrajudicialmente. Conciliación que puede llevarse a cabo aún cuando medie el llamamiento en garantía del agente estatal respectivo. Igualmente, es procedente la conciliación en el proceso de repetición. En ambos casos, siempre y cuando el acuerdo que se logre no sea lesivo para los intereses del Estado". (subrayado fuera de texto).

Consecuentemente a todo lo anterior, como quiera que el Hospital Simón Bolívar III Nivel de Atención -ESE- ha venido cancelando sumas de dinero por concepto de obligaciones surgidas de contratos de transacción suscritos para la legalización de obligaciones contractuales por la ejecución de obras o prestación de servicios a favor de tal empresa social del Estado, sin mediar contrato perfeccionado, por ítems diferentes al servicio público de salud, tal conducta puede ser constitutiva de falta disciplinaria al tenor del Artículo 50⁷ de la Ley 734 de 2002, pero a la vez, podría estar incurso en daño al erario de Bogotá D.C., de donde deviene una posible responsabilidad patrimonial de los servidores o ex servidores públicos comprometidos, resultando procedente la acción de repetición consagrada por la Ley 678 de 2001.

La citada acción está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella y es deber del Hospital Simón Bolívar ejercitarla, so pena de incurrir en falta disciplinaria, conforme a las previsiones del Artículo 4° de la Ley 678 de 2001.

Al tenor del Artículo 2° ibidem, "la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor

⁷ Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley".



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial".

En los anteriores términos se absuelve la consulta por usted formulada, esperando haber colmado sus expectativas, no sin antes advertir que el alcance de este concepto es el previsto en el Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

MIGUEL ÁNGEL MORALESRUSSÍ RUSSI
Contralor de Bogotá D.C.

Proyectó: Otoniel Medina Vargas.
Revisó: Campo Elías Rocha Lemus- Jefe Oficina Asesora Jurídica.
Ajustó: Giovanna Rodríguez. Asesora Despacho.

