

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL HUILA

CONCEPTO JURÍDICO

Concepto No. 02 - 2020

Neiva, 20 de febrero de 2020

Doctora
MAYERLY PATRICIA FIERRO MURCIA
 Gerente
 ESE Hospital del Perpetuo Socorro
 Villavieja – Huila

Asunto: Solicitud Concepto Jurídico

MARCO LEGAL:

- Constitución Política de Colombia (Artículos 209 y 269)
- Ley 100 de 1993 (artículo 195).
- Ley 1150 de 2007 (artículo 13).
- Decreto 1876 de 1994.
- Ley 1438 de 2011 (artículo 76).

MATERIA DE CONSULTA:

Solicita, el usuario del concepto jurídico, lo siguiente:

“En mi calidad de Gerente de la ESE HOSPITAL DEL PERPETUO SOCORRO DE VILLAVIEJA, solicito a ustedes concepto sobre si se debe cancelar obligaciones contractuales asumidas por la ESE con particulares, con las siguientes atenuantes:

1. *El 15 de abril de 2019, asumí como Gerente de la ESE HOSPITAL DEL PERPETUO SOCORRO DE VILLAVIEJA, hasta la fecha.*
2. *En el proceso de entrega fui informada sobre facturas causadas a proveedores, según contratos 39, 40, 59, 60*
3. *Cuando ingrese, se detectó un faltante en inventarios de farmacia, el cual fue informado a la Contraloría Departamental en debida forma.*

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

4. Cuando ingrese como Gerente fue informada que no había medicamentos en farmacia, lo cual derivó en evidenciar el faltante de farmacia.
5. No obstante, durante el periodo de enero a 14 de abril de 2019, se adquirieron medicamentos, material médico quirúrgico, laboratorio y odontológico con facturas que suman alrededor de los CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS (\$115 000 000), solo en el primer trimestre.
6. Durante el periodo de 15 de abril a diciembre de 2019, se adquirieron medicamentos, material médico quirúrgico, laboratorio y odontológico con facturas que suman alrededor de los OCHENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$88 894 670), los cuales fueron suficientes hasta los primeros días de enero de 2020, que se proyectó una nueva compra.

Efectuado un análisis sobre las compras por valor CIENTO QUINCE MILLONES DE PESOS (\$115 000 000), causadas y que administrativamente presentan algunas fallas en los procesos internos (subsanales), pero cuentan con las actas, pólizas, facturas en debida forma, informes de supervisión y las entradas almacén según funcionaria a cargo, contra resta con el elevado valor de las mismas y excesivos costos de las facturas de estos suministros, comparado con el ejercicio realizado por esta Gerencia desde que se recibió la Institución a la fecha.

Comedidamente, preocupada porque si bien no puedo asegurar algún tipo de delito, la mera comparación entre las compras realizadas en el primer trimestre y el periodo que efectué compras para el mismo propósito, se observa un despropósito en cuanto al valor utilizado para atender las necesidades de suministros que requiere la ESE para prestar los servicios asistenciales

Por ello respetuosamente, ante la necesidad de cancelar las facturas o deudas contraídas por la ESE, durante el primer trimestre de 2019, pero ante el temor que se presente algún tipo de detrimento a las finanzas de la ESE, por el elevado costo de la suma adeudada, solicito a ustedes concepto, si debo o no cancelar dichas facturas a los proveedores o que trámite debo dar, para salvaguardar primero las finanzas de la ESE y segundo que me encuentre inmersa a futuro en algún tipo de proceso fiscal. (...)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

Sea lo primero indicar que el artículo 267 de la Constitución Política consagra que el control fiscal encomendado a las contralorías territoriales, como el caso de la Contraloría Departamental del Huila, es posterior y selectivo y por ello se prohíbe fijar procedimientos o formas de actuar a los sujetos de control, situación confirmada por la Corte Constitucional, en sentencia C-113 de 1999, cuando señala:

“En este orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función”.

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

Por esta razón de orden jurídico, no es del resorte de las competencias de la Contraloría Departamental del Huila resolver situaciones jurídicas particulares y mucho menos determinar consecuencias jurídicas que no le son propias a su función constitucional; en ese orden de ideas, los conceptos que pudiere emitir, no resuelven casos puntuales ni realizan análisis de actuaciones particulares, sino que abordan temas de manera general y abstracta.

No obstante, respecto a su solicitud, la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Departamental del Huila, hará alusión de manera general a la normatividad y jurisprudencia vigente relacionada con el tema objeto de su consulta, para que Usted adopte la posición que considere más conducente conforme a la situación particular y concreta.

Normas sobre el régimen jurídico en materia contractual para las Empresas Sociales del Estado:

Sobre el particular el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, indica textualmente:

“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.”

En el mismo sentido, el artículo 16 del Decreto 1876 de 1994 expone:

*Artículo 16º.- Régimen jurídico de los contratos. A partir de la fecha de creación de una Empresa Social del Estado, se aplicará en materia de contratación las normas del Derecho Privado, sujetándose a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas sobre la materia. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, las Empresas Sociales del Estado podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
(...)*

Por su parte, el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, señala:

<

ARTÍCULO 76. EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA EN CONTRATACIÓN, ADQUISICIONES Y COMPRAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

Normas sobre los Principios que rigen a las Empresas Sociales del Estado:

Sobre este punto, el **Decreto 1876 de 1994**, en su artículo 3, precisa lo siguiente:

“Artículo 3º.- Principios básicos. De conformidad con lo establecido en el artículo 73 del Decreto Ley 1298 de 1994, las Empresas Sociales del Estado, para cumplir con su objeto deben orientarse por los siguientes principios básicos:

- 1. La eficacia, definida como la mejor utilización de los recursos, técnicos, materiales, humanos y financieros con el fin de mejorar las condiciones de salud de la población atendida.*
- 2. La calidad, relacionada con la atención efectiva, oportuna, personalizada, humanizada, continua, de acuerdo con estándares aceptados sobre procedimientos científico-técnicos y administrativos y mediante la utilización de la tecnología apropiada, de acuerdo con los requerimientos de los servicios de salud que ofrecen y de las normas vigentes sobre la metería.”*

Aunado a lo anterior, el **artículo 13 de la Ley 1150 de 2007** *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”*, precisa:

“ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal** de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”. El subrayado y sombreado es nuestro.

De lo anterior, se desprende entonces que si bien es cierto en materia de contratación las Empresas Sociales del Estado se rigen por las normas del Derecho Privado, también lo es la obligatoriedad de aplicar los principios de la función administrativa en sus procesos contractuales, por ello es pertinente transcribir la norma de rango constitucional que los contempla, así:

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”.

La norma constitucional citada en el párrafo anterior marca el lineamiento que deben seguir los funcionarios al servicio del Estado con el fin de hacer cumplir la Constitución y la Ley, para que todas sus actuaciones redunden en provecho del interés general y de la comunidad, la cual es la beneficiaria de todas las actuaciones de la administración pública.

Ahora bien, en lo que concierne al principio de la Eficiencia, la Corte Constitucional ha expresado:

*“(…) en lo que atañe al **principio de eficiencia** la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios.”¹.*

Normas de rango constitucional sobre el Control Interno:

Seguidamente, es preciso hacer alusión al mandato constitucional que refiere a la implementación del Control Interno en todas las instituciones públicas, al respecto textualmente se reglamentó:

“Artículo 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.”

Sobre el particular, en la Sentencia C-826 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, se menciona:

*“Con el fin de desarrollar el artículo 209 de la Carta, **las autoridades administrativas deben tener un Control Interno que debe basarse en los principios consagrados en ese mandato superior** y en los términos establecidos por la ley, para así cumplir con los fines señalados por el Estado. Con este Control Interno se pretende garantizar que las entidades cumplan con sus deberes en beneficio de la comunidad, ya que es evidente que esta función administrativa debe ser ejercida por los empleados y trabajadores del Estado en todo el territorio nacional. Por lo tanto es competencia de la Nación que se garantice que la actividad de los funcionarios a su servicio se ajuste a lo establecido por la Constitución y la Ley, lo cual está consagrado en el artículo 123*

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

Superior, donde se señala que los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad, y están sometidos a la Constitución, la Ley y el Reglamento.

*(...) Es de recalcar la importancia del control interno puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional, al considerarla **un tipo de instrumento gerencial, que busca mejorar el desempeño institucional en términos de calidad y eficiencia de la gestión** (...)*. El sombreado es nuestro.

Acerca de los Estudios de condiciones y precios de mercado:

En el ejercicio del deber de planeación de todo contrato estatal, la entidad contratante, deberá haber dejado constancia en los Estudios de Conveniencia y Oportunidad acerca de la forma en que se estableció el presupuesto oficial para cada contrato celebrado, así como del estudio y análisis de las condiciones y precios del mercado, que permita deducir con claridad cual es el valor razonable a pagar por los bienes y/o servicios que requirió la Entidad.

En ese sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en el Expediente 23569 del 13 de noviembre de 2003, en donde esboza que ningún contrato que implique erogación presupuestal por parte de la entidad estatal se encuentra exento de la exigencia de realizar un estudio de mercado, dado que *“no existe justificación legal alguna para que el patrimonio público sufra menoscabo e irrespeto a través del establecimiento de precios incoherentes con la realidad económica del servicio”*, lo que busca que el valor estimado del contrato o convenio obedezca a criterios de razonabilidad y objetividad dejando a un lado la improvisación o subjetividad de la administración.

Adicionalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, B, Consejera Ponente Ruth Estella Correa Palacio, Radicación número: 25000232600019970392401 (18.293) del 27 de abril de 2011, sentenció:

“La Administración está obligada a establecer el valor estimado del objeto a contratar, con el propósito no sólo de contar con las partidas presupuestales correspondientes que lo respalden, sino de evitar que se presenten defraudaciones, sobrepagos o sobrecostos que perjudiquen el erario, o de pagar menos de lo que realmente valen en detrimento económico de los contratistas; (...) la contratación administrativa no es, ni puede ser una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino que por el contrario es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos (...)”.

Así las cosas, se pone de presente el anterior marco normativo y jurisprudencial, con el fin de indicar que es a la Empresa Social del Estado a la que de conformidad con los antecedentes que preceden los contratos (estudios previos), así como los documentos que soportan la ejecución, determinar si debe o no realizar el pago de las

	CONCEPTOS JURIDICOS	PROCEDIMIENTO: G01. CONCEPTOS JURÍDICOS
		CODIGO: G01-F01
		VERSION: 2
		FECHA: 01/11/2012

obligaciones contractuales, esto teniendo en cuenta que como se indicó al inicio del presente concepto a las *contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella.*

No obstante lo anterior, y partiendo de los hechos expuestos en su consulta, esta oficina, le informa que la misma será trasladada a la *Oficina de Participación Ciudadana* de este ente de control fiscal, para que se adelanten las actividades y/o funciones que sean pertinentes de acuerdo con sus competencias, y a efectos de establecer la existencia o no de sobrecosto en las compras efectuadas entre el periodo comprendido de enero al 14 de abril de 2019.

En los anteriores términos se absuelve de forma abstracta el objeto de consulta, concepto que se emite dentro del término establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativa, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, y tiene el alcance de que trata el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia no son de obligatorio cumplimiento ni tienen efectos vinculantes.

ORIGINAL FIRMADO
CAROLINA TRUJILLO CASANOVA
 Jefe de Oficina Asesora Jurídica (E)

Copia: Contralor Departamental del Huila
 Archivo de Gestión