

80112- EE31173

Bogotá, D.C, Mayo 05 de 2010.

Doctora

LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON

Directora Ejecutiva

Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado Departamento Valle del Cauca
Avenida Vásquez Cobo No. 26N-18
Santiago de Cali, Valle del Cauca

Referencia: Aplicación de las Resoluciones 5544 de 17 de diciembre de 2003 y 5993 de 17 de septiembre de 2008 a las Empresas Sociales del Estado ESEs.

ANTECEDENTES

Mediante oficio radicado bajo el No. 2010ER19298 de 16 de marzo de 2010, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca, solicita a este Despacho:

“Aclarar cuáles de nuestras Empresas Sociales del Estado del Valle del Cauca, están obligadas a dar cumplimiento a las normas y procedimientos que reglamentan la competencia de la Contraloría General de la República en especial la Resolución 5544 de 17 de diciembre de 2003 y la Resolución 5993 de 17 de septiembre de 2008”

Lo anterior previa la exposición de una serie de argumentos según los cuales, en síntesis, considera que los Hospitales del Valle del Cauca, al encontrarse sometidos al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículo 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 y al estar dotados de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometidos a la vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca y excepcionalmente por las Contralorías Municipales y, como quiera que dichos entes, en su gran mayoría, no reciben recursos, fondos o bienes de la Nación, no se les aplica el control excepcional definido por el Artículo 26 de la Ley 42 de 1993.

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

Agrega que no obstante lo anterior, en reiteradas ocasiones la Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales de la Contraloría General de la República, ha solicitado a las instituciones que hacen parte de la Asociación de la cual es Directora, remitir la información establecida en el Título VIII de la Resolución 5544 de 17 de diciembre de 2003, so pena de evitar las sanciones correspondientes.

A su vez manifiesta que la Asociación, ha sido comunicada del inicio de Procesos Administrativos Sancionatorios Fiscales, por parte de la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, por la no rendición de la información anual y las rendiciones de la información trimestral a la Contraloría General de la República, circunstancia esta última que considera contradice los conceptos EE15123 de marzo de 2009, EE27274 e IE31413 de 2007 emitidos por la Contraloría General de la República, cuya copia ha sido enviada a la Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales, la cual ha sostenido que los hospitales y empresas sociales del Departamento del Valle del Cauca, “*están obligados a rendir la información ya que la Contraloría está debidamente facultada para solicitar la información*”

Finalmente extracta el siguiente aparte de uno de los conceptos referenciados en su solicitud:

“Así entonces no es posible generalizar en el sentido de señalar que las ESEs que funcionan en el país son vigiladas por la Contraloría General de la República, pues únicamente aquéllas del orden nacional, son sujetos de éste órgano de control superior y por ende de las normas y procedimientos que reglamentan nuestra competencia”

La Oficina Jurídica en uso de las facultades establecidas en el Art. 43 del Decreto Ley 267 de 2000 y Art. 25 del Código Contencioso Administrativo, se permite emitir el siguiente concepto:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Antes de emitir pronunciamiento alguno sobre la consulta objeto de estudio, es de precisar que no corresponde a la Contraloría General de la República, ni a esta Oficina Jurídica Asesora, entrar a pronunciarse sobre casos específicos que eventualmente se encontraran en desarrollo, por cuanto ello implicaría una indebida intervención en los asuntos del

Nuestra Visión: Tener una administración pública, fundamentada en la eficiencia y moralidad

resorte de la Administración o de otros entes de control, sobre los cuales este ente superior no ostenta la calidad de superior jerárquico.

De otro lado, es preciso tener en cuenta que en materia de procesos administrativos sancionatorios, detenta el Director de la Oficina Jurídica la competencia para decidir en segunda instancia aquellos procesos sancionatorios adelantados en las Gerencias Departamentales, de conformidad con lo establecido en la Resolución Orgánica 5635 de 2005, motivo por el cual no es dable entrar a realizar un pronunciamiento que pueda eventualmente constituir un prejuzgamiento sobre casos similares al conocimiento del Despacho. Así las cosas el pronunciamiento se hará de manera general y abstracta.

Sea lo primero señalar que las Empresas Sociales del Estado son entidades públicas descentralizadas cuyo objeto consiste en la prestación directa de los servicios de salud como un servicio público que hace parte integral de la Seguridad Social.

Es así como con la expedición de la Ley 100 de 1993, los antiguos hospitales públicos se transformaron en Empresas Sociales del Estado, entendidas como una categoría especial de entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital o municipal, dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometidas al régimen jurídico establecido por los Artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, se tiene que las Empresas Sociales del Estado hacen parte de la estructura del Estado; específicamente pertenecen al sector descentralizado por servicios.

En lo que se refiere a ejercicio del Control Fiscal, es del caso señalar que la Carta Política de 1991 estableció que éste es una función atribuida a la Contraloría General de la República, cuyo objeto es la vigilancia de la gestión fiscal, por parte de la Administración, los particulares y las entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, el cual es ejercido de forma posterior y selectiva, de conformidad con una serie de principios y procedimientos establecidos en la Ley, entiéndase esta en sentido formal y material.

Así mismo, el artículo 267 de la Carta Política, señaló que el ejercicio del Control Fiscal incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, encontrándose a su vez la Contraloría General de la República facultada para ejercer excepcionalmente y conforme lo prescribe la Ley, control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial.

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

En este orden de ideas es preciso afirmar que el Control Fiscal, tiene como objetivo la protección del patrimonio de Estado y por ello abarca tanto a entidades públicas, privadas o mixtas, siempre y cuando éstas gestionen de cualquier manera dineros públicos.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 586 de 1995, estableció que:

"...el control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar ¿mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley"

De lo anteriormente expuesto se colige que el Control Fiscal garantiza los principios constitucionales, establecidos en el Artículo 209 de la Carta Política Colombiana, los cuales orientan el ejercicio de la función pública, ya sea a nivel central o descentralizado por servicios, encontrándose las Empresas Sociales del Estado, sometidas a dicho control, no obstante ostentar éstas las características de autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica.

Ahora bien, el ejercicio del Control Fiscal se encuentra radicado en cabeza de la Contraloría General de la República cuando se trate de recursos, fondos o bienes de la nación (artículo 267 de la CP), mientras que cuando se trate del ejercicio de dicho control a entidades del orden departamental o municipal, éste se encuentra radicado en principio, en cabeza de las Contralorías Departamentales y Municipales (artículo 272 de la CP).

No obstante lo anterior y a efectos de dar cumplimiento al inciso 3º del artículo 267 de CP, la Ley 42 de 1993, en su artículo 26 establece los supuestos en los cuales de manera excepcional y aun cuando la competencia para el ejercicio del control fiscal se encuentre radicada en cabeza de las Contralorías Departamentales, Municipales o Distritales, dicho control puede ser ejercido por la Contraloría General de la República; control que como se dijo anteriormente, es posterior y recae sobre las cuentas de cualquier Entidad Territorial. Dispone el referido artículo lo siguiente:

Artículo 26º.- La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad

Nuestra Visión: Tener una administración pública, fundamentada en la eficiencia y moralidad

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, y municipales, en los siguientes casos:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”

Nótese como la condición para el ejercicio del control fiscal excepcional por parte de la Contraloría General de la República no es el manejo de bienes o fondos de la Nación, como parece inferirse de su consulta, sino la solicitud que en tal sentido hagan quienes se encuentran autorizados por la Ley para ello.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-364 de 2 de abril de 2001, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett dijo:

“(…) la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (recursos exógenos), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (recursos endógenos). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógenos.

(…) La Contraloría General de la República tiene facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional.

(…) el control de los recursos propios de las entidades territoriales deberá ser excepcional; ello, en la medida que estos recursos son asuntos propios de los entes territoriales, que delimitan su ámbito esencial de autonomía en tanto a manifestaciones del fenómeno de descentralización prescrito por el constituyente. En efecto, ese control excepcional de la Contraloría se justifica por cuanto se trata de eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del

Nuestra Visión: Tener una administración pública, fundamentada en la eficiencia y moralidad

órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que pueden afectar su idoneidad”.

Ahora es necesario puntualizar las diferencias que surgen en lo que se refiere al control excepcional como tal y al cumplimiento de las obligaciones emanadas de las Resoluciones Orgánicas 5544 de 2003 y 5993 de 2008. Bástenos para ello el tener en cuenta que el ejercicio del control excepcional da lugar a un desplazamiento de competencia para el ejercicio de la labor auditora (control fiscal micro) o para el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal, la cual pasa a ser ejercida por la Contraloría General de la República.

El cumplimiento de las obligaciones emanadas de las resoluciones atrás mencionadas no proviene del ejercicio del control fiscal excepcional, sino del hecho que el obligado maneje bienes o fondos públicos. Debe puntualizarse que el cumplimiento de estas obligaciones se fundamenta en la necesidad de ejercer el control fiscal macro, el cual tiene por objeto la consolidación de los resultados de las diferentes variables macroeconómicas con miras principalmente al dotar al Legislativo de elementos de juicio para el ejercicio de la labor de control político que le es propia.

Específicamente sobre el cumplimiento por parte de las Empresas Sociales del Estado de las Resoluciones 5544 de 17 de diciembre 2003 y 5993 de 17 de septiembre de 2008, debe señalarse sin lugar a dudas, que dichas Resoluciones son plenamente aplicables a las Empresas Sociales del Estado, en tanto éstas gestionan recursos públicos, ya sea que pertenezcan al sector nacional, departamental, municipal o distrital, debiendo en tal virtud rendir la información de que trata el Título VIII de la Resolución 5544 de 17 de diciembre de 2003, modificada por el artículo 2º de la Resolución Orgánica 5993 de 2008.

El incumplimiento de las referidas resoluciones, puede dar lugar al adelantamiento del respectivo Proceso Administrativo Sancionatorio, sin que el mero incumplimiento de lugar como tal a la imposición de la sanción, como quiera que el operador jurídico debe además analizar la culpabilidad de quien ha omitido el cumplimiento de dicho deber.

En concordancia con lo anterior, la Resolución Orgánica 6098 de 2009 en su artículo décimo cuarto establece que aun cuando una determinada entidad no se encuentre relacionada en esa misma normatividad como sujeto de control, ello no es óbice para que se abstenga de dar cumplimiento a la obligación de rendición de cuentas e informes, de acuerdo con lo reglamentado por el Contralor General de la República.

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

CONCLUSION

Las Empresas Sociales del Estado se encuentran sometidas a control fiscal, y en tal virtud deben dar cumplimiento a las normas fiscales, dentro de las cuales se encuentran las Resoluciones 5544 de 2003 y 5993 de 2008.

La Contraloría General de la República puede ejercer control fiscal excepcional sobre las cuentas de cualquier entidad del orden territorial si se configuran los supuestos contenidos en el Artículo 26 de la Ley 42 de 1993.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

*Proyectó: Natalia M. Escobar Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Asesor de Gestión (E)
Radicado:2010ER19298*