

INFORME DE AUDITORIA – PROCESO DE GESTIÓN DE JURÍDICA - CONTRATO REALIDAD**I. INTRODUCCIÓN**

La Oficina de Control Interno de la Subred Sur, en ejercicio de las facultades legales otorgadas por la Ley 87 de 1993, modificada por la Ley 1474 de 2011, el Decreto 2145 de 1999 y sus modificaciones; los Decretos 019, y 2641 de 2012, el Decreto 943 de 2014, los Decretos 648 y 1499 de 2017, el Decreto 338 de 2019, el estatuto de Auditoría Interna y la guía de auditoría para entidades públicas emitida por el DAFP versión No. 2, tiene como rol realizar la evaluación y seguimiento a los procesos, procedimientos, actividades y actuaciones de la administración, con el fin de determinar la efectividad del Control Interno, el cumplimiento de la gestión institucional y de sus objetivos estratégicos, emitiendo recomendaciones en busca del mejoramiento continuo y permanente de la entidad.

Por solicitud de la Junta Directiva de la Subred Sur, se realizó auditoría interna al Proceso de Gestión Jurídica con el fin de verificar los resultados de la gestión, la existencia y efectividad de los controles, la correcta administración de los riesgos, efectuar las recomendaciones necesarias frente al posible incremento litigioso, la ocurrencia del daño antijurídico, frente a demandas por declaratoria de existencia de contrato realidad en el último cuatrienio (2016-2019).

I. OBJETIVO DE LA AUDITORÍA

- 1) Evaluar de forma independiente la gestión integral del riesgo, la existencia y efectividad de los controles y el manejo de los riesgos e indicadores asociados a la configuración del contrato realidad en la entidad.
- 2) Evaluar la pertinencia y oportunidad de los procedimientos establecidos frente a la gestión del posible incremento litigioso.
- 3) Establecer la ocurrencia del daño antijurídico, e implementación de políticas de prevención de las demandas por declaratoria de existencia de contrato realidad conforme al cumplimiento de la normatividad legal vigente aplicable a los procesos.
- 4) Generar recomendaciones a la Alta Dirección y al Proceso de Gestión Jurídica que soporten la toma de decisiones frente al posible incremento litigioso.
- 5) Fortalecer la cultura del autocontrol de la entidad en temas de Gestión Jurídica.

II. ALCANCE

Realizar auditoría al Proceso de Gestión Jurídica; estrategias, procesos, procedimientos internos, y normatividad legal vigente aplicable, dentro del cuatrienio 2016 a 2019 con respecto a la configuración del contrato realidad.

La auditoría se llevó a cabo en atención a las normas y técnicas de auditoría generalmente aceptadas, con fundamento en normas internacionales de auditoría basadas en riesgos, la guía de auditoría del DAFP para entidades públicas versión 2, el estatuto de auditoría interna, Modelo Integrado de Planeación y Gestión – MIPG, desde la séptima dimensión y tercera línea de defensa. La auditoría se realizó del 04 al 28 de febrero de 2020.

III. CONTEXTO

Para el año 2016, el sistema de salud de la ciudad de Bogotá D.C., sufrió una transformación mediante el Acuerdo 641 del Consejo Distrital, lo cual organizó las entidades de salud, bajo un nuevo modelo de mejora para el servicio de la población, de manera que se llevó a cabo una delimitación geográfica y localizacional, estructurando cuatro redes integradas de salud para la ciudad. En este contexto general; la fusión conllevó la integración de las necesidades y deberes como también de las obligaciones de cada uno de los hospitales que hicieron parte de la Subred Sur.

Este escenario “político-administrativo”, ocasionó que la Subred Sur, asumiera jurídicamente las demandas que cursaban contra los hospitales integrados, consolidando el número de procesos en la naciente entidad.

Es importante precisar que el Proceso de Gestión Jurídica de la entidad, se subdivide en dos subprocesos; Defensa Judicial y Asesoría Jurídica. Dentro de sus objetivos están entre otros, establecer mecanismos de prevención del daño antijurídico, defender y proteger los intereses litigiosos de la entidad frente a las posibles demandas.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definió: ***“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 conocimientos especializados.***

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, señala que

“Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, y define que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento

de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

IV. DESARROLLO DE LA AUDITORÍA

1) REUNIÓN DE APERTURA

El día cuatro (04) de febrero de 2020, se llevó a cabo la reunión de apertura de la auditoría con la participación de la Dra. Gloria Emperatriz Barrero Carretero – Jefe Asesora Jurídica, Dra. Yarsely Suarez Suárez – Profesional Contratista, Dra. Nidia Fernanda Rodríguez Salcedo – Jefe de Control Interno, Dr. Efraín E. Silva Sánchez – Abogado auditor contratista. En la reunión se informó sobre la planeación, alcance, objetivos, cronograma y se solicitó información para el desarrollo de la auditoría. La Jefe asesora jurídica suscribió el documento “Carta de Representación”.

2) SEGUIMIENTO A PLANES DE MEJORA (INSTITUCIONALES Y ENTES DE CONTROL EXTERNO

El Proceso de Gestión Jurídica no tiene planes de mejoramiento producto de auditorías internas y/o externas vigentes con relación a demandas por declaratoria de existencia de contrato realidad.

3) RIESGOS DEL PROCESO

El Proceso de Gestión Jurídica cuenta con un riesgo definido: “Configuración de demandas por contrato realidad”.

TABLA 1. RIESGO ASOCIADO EN LA MATRIZ DE GESTIÓN DE RIESGO INSTITUCIONAL

RIESGO	CAUSAS	CONSECUENCIAS	NIVEL DEL RIESGO	ACTIVIDADES DE CONTROL
Configuración de demandas por contratos realidad y/o inadecuados procedimientos médicos.	<ul style="list-style-type: none"> *Configuración de demandas por contratos realidad. *Configuración de demanda por fallas en el servicio médico. *Configuración de la existencia de tres elementos: 1) Prestación personal del servicio. 2) Remuneración. 3) Subordinación. 	<ul style="list-style-type: none"> *Impacto negativo en la estabilidad financiera de la entidad. 	EXTREMO	<ul style="list-style-type: none"> * Hacer seguimiento a las estrategias propuestas en las políticas de defensa de prevención del daño dentro de los cuales está las solicitudes realizadas a la Dirección de Contratación y a las otras Subredes, con la finalidad de intervenir las vigencias contractuales de los colaboradores que presenten demandas por contrato realidad. * Requerir a la Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud comité ad hoc, para determinar la posible existencia de la falla en el servicio. * Se requiere auditoria médica a la oficina de Calidad, con el fin de suministrar la copia integra de la historia clínica.

En la valoración de la gestión de riesgos, esta auditoría evidenció que:

1. La Oficina de Control Interno considera que conforme está definido el riesgo: “Configuración de demandas por contratos realidad y/o inadecuados procedimientos médicos” éste se encuentra MATERIALIZADO.
2. El Riesgo “Configuración de demandas por contratos realidad y/o inadecuados procedimientos médicos”, se encuentra mal identificado y definido en la matriz de riesgo institucional. No se debe hablar de configuración de demandas, sino de “configuración del contrato realidad”, la demanda es una consecuencia de la materialización del riesgo.
3. La configuración del contrato realidad, no debería ser un riesgo del Proceso de Gestión Jurídica, Subproceso Defensa Judicial. Este riesgo es directamente vinculante al Proceso de Contratación – Subproceso de Contratación Prestación de Servicios, quien adelanta y gestiona la contratación y supervisión. Se recomienda compartir el riesgo con el Proceso de Contratación para gestionarlo.
4. Se evaluó la Caracterización del Proceso de Contratación, evidenciando que no está definido en su objetivo la contratación de prestación de servicios. Se recomienda ajustar el documento de caracterización.
5. Las causas, consecuencias, indicadores, y actividades de control para este riesgo operativo, se encuentran mal identificadas y definidas en la matriz de riesgos de la entidad. Se debe analizar el contexto externo, interno y del proceso para determinar las causas y definir controles efectivos que mitiguen su probabilidad e impacto de ocurrencia. Lo planteado en la matriz de riesgos 2019 para este riesgo, no se ajusta a los lineamientos de la Guía de Riesgos del DAFP V2.
6. La gestión del riesgo de “Configuración de demandas por contratos realidad y/o inadecuados procedimientos médicos”, debe estar alineado con el objetivo estratégico de la entidad No. 1º; “Prestación de servicios integrales de salud”, lo cual afectaría la misionalidad de la entidad, en el caso de no contar con los colaboradores para cumplir con sus objetivos.
7. Entre una de las causas a tener en cuenta, para establecer correctamente los controles, se encuentra la baja adherencia a la normatividad por parte de los supervisores de contrato.

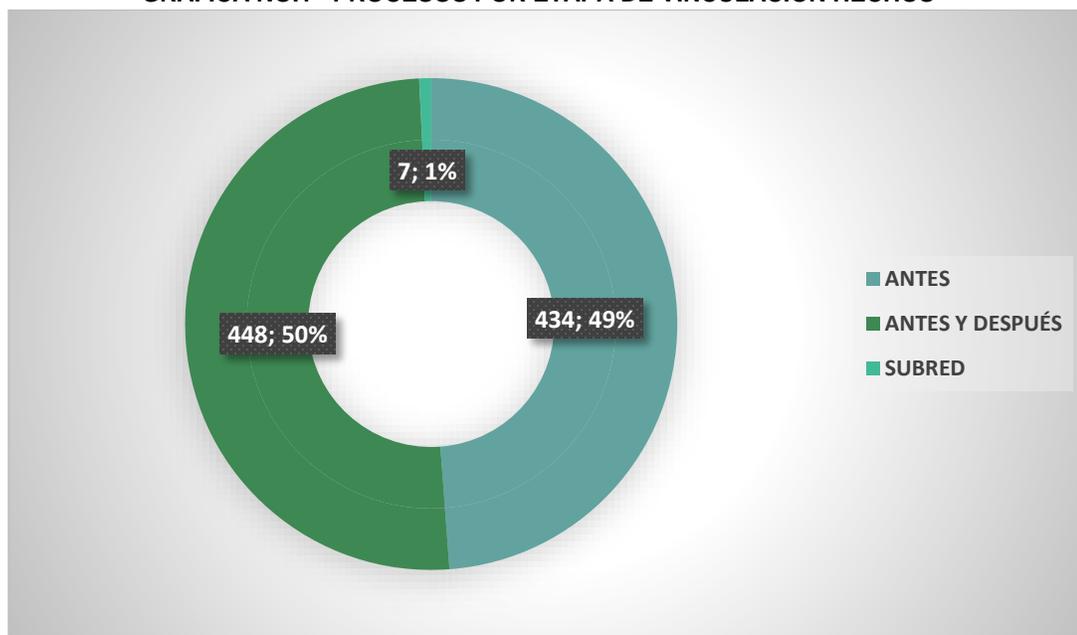
4) **NORMATIVIDAD APLICABLE:**

- Constitución Política de Colombia – Art. 13,25,53
- Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 “Código Sustantivo del Trabajo”

- Decreto 2127 de 1945
- Ley 80 De 1993 en su artículo 32
- Normas Internacionales del Trabajo

5) PROCESOS CONTRATO REALIDAD ANTES Y DESPUES DE FUSIÓN CON CORTE DICIEMBRE 2019

GRAFICA NO.1 PROCESOS POR ÉTAPA DE VINCULACIÓN HECHOS



En la gráfica anterior, se evidencia que un 48.81 de procesos por contrato realidad, son demandas cuyos **HECHOS** son anteriores a la fusión del año 2016 y que fueron interpuestas contra los antiguos hospitales (434 Procesos), de igual manera se puede apreciar que 448 demandas, fueron presentadas una vez conformada la nueva Subred Sur, pero cuyos **HECHOS** procedían del manejo contractual desarrollado por las administraciones de los hospitales fusionados, finalmente se observa siete (7) demandas interpuestas contra la Subred Sur de HECHOS vinculantes durante la presente administración, lo cual es positivo en la valoración de las políticas y estrategias que se han implementado y que más adelante se abordarán en detalle.

TABLA NO. 1 PROCESOS POR TIEMPO DE VINCULACIÓN

AREA	ADMINISTRATIVO	MISIONALES	TOTAL
	CANT.	CANT.	CANT.
1 a 5 años	111	208	319
6 a 10 años	104	210	314
11 a 20 años	78	162	240
> a 20 años	5	11	16
TOTAL	298	591	889
%	34%	66%	100%

En la tabla siguiente se puede observar el proceso histórico del contrato realidad en los antiguos hospitales y la nueva Subred Sur desde el año 2004 al 2019. Se detalla el total de procesos frente al número de contratistas vinculados por cada vigencia:

TABLA 2. HISTÓRICO PROCESO CONTRATO REALIDAD CORTE DICIEMBRE 2019

VIGENCIAS	ANTES	ANTES Y DESPUES	SUBRED	TOTAL	CONTRATISTAS POR VIGENCIA	%
2004	1			1		
2009	1			1		
2010	1			1		
2011	7			7		
2012	8			8		
2013	42			42		
2014	38			38		
2015	72			72		
2016	92	14		106	6.438	1.64%
2017	75	170		245	5.240	4.67%
2018	25	86	2	113	5.170	2.18%
2019	72	178	5	255	4.614	5.52%
TOTAL	434	448	7	889	21.462	4.14%

El análisis se enfoca, en el porcentaje de demandas interpuestas por vigencia comparada con el número de contratistas vinculados, lo cual en perspectiva no supera el 5% de la contratación que se desarrolló en el anterior cuatrienio (2016-2019). Sin embargo, no deja de generar una alerta a nivel de la institución frente a las causas que promueve dichas acciones legales por parte de los accionantes.

A continuación se presenta un estatus de los procesos a 31 de diciembre de 2019 así:

TABLA 3. ESTADO DE LOS PROCESOS CONTRATO REALIDAD A DICIEMBRE 2019

ESTADO	ANTES		DESPUES		SUBRED		TOTAL	
	CANT.	%	CANT.	%	CANT.	%	CANT.	%
SENTENCIAS FAVORABLES	34	3,82%	13	1,46%	0	0,00%	47	5,29%
SENTENCIAS DESFAVORABLES	35	3,94%	77	8,66%	0	0,00%	112	12,60%
EN PROCESO	365	41,06%	358	40,27%	7	0,79%	730	82,11%
TOTAL ACTIVOS	434	49%	448	50,39%	7	0,79%	889	100,00%

Se verifico, que la entidad viene adelantando estrategias como política de prevención del daño antijurídico, lo cual ha permitido que al cierre de la actual administración se muestre un avance significativo en la mejora de la visión institucional con el fin de encaminar la contratación y la necesidades del servicio de la manera más eficiente en beneficio de las partes, evitando así que la entidad se vea inmersa en demandas que pueden ser prevenibles.

6) CAUSAS Y ESTRATEGIAS DESARROLLADAS POR EL PROCESO DE GESTIÓN JURÍDICA

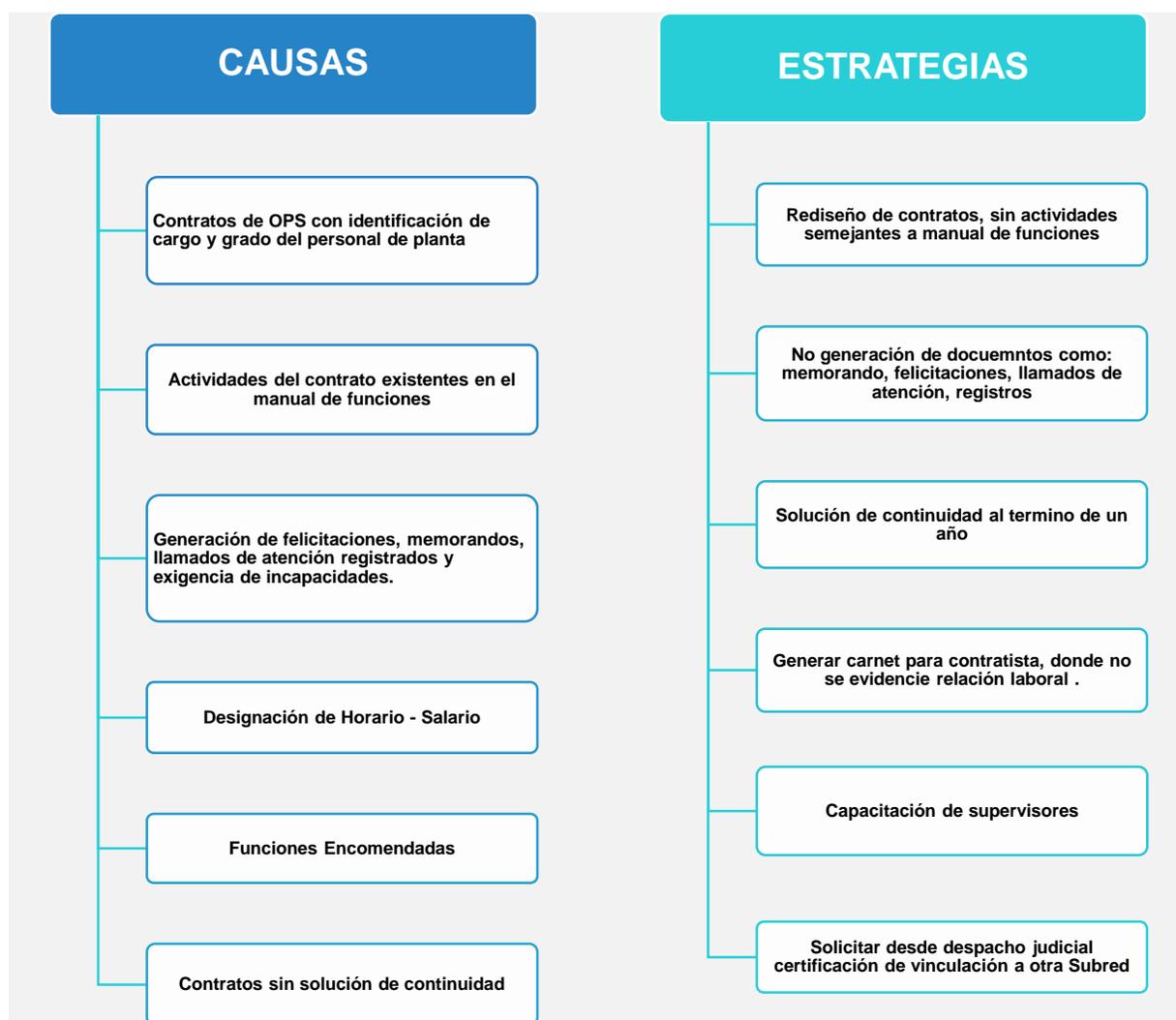
Uno de los factores críticos en el desarrollo de la relación contractual recae en la supervisión de los contratos, lo cual se deriva de la baja adherencia a la normatividad por parte de los supervisores frente a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios. El desconocimiento de los elementos que configuran el contrato de trabajo (la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo), son una de las causas que configura la existencia de una evidente relación laboral. La presente administración entró a combatir las diferentes "costumbres administrativas", que se desarrollaban al interior de los antiguos hospitales que se incorporaron como parte de la Subred Sur. Por tal motivo, la entidad abordó esta problemática proponiendo desde la asesoría legal, estrategias tendientes a fortalecer el desarrollo del contrato de prestación de servicios de conformidad con la normatividad legal vigente en materia.

El Proceso de Gestión Jurídica, identificó durante la presente administración, algunas causas donde se hacía necesario intervenir con el propósito de fortalecer el adecuado manejo por parte de la administración de situaciones administrativas que podían llegar a

desnaturalizar el contrato de prestación de servicios y ocasionar elementos probatorios de la configuración de una relación laboral.

En tal sentido, se plantearon estrategias tendientes a revisar las condiciones objetivas del contrato de prestación de servicios tales como; el conocimiento por parte del contratista de la modalidad con la que se vincula, la realización de actividades acordadas por las partes, la no obligatoriedad de cumplir con reglamentos, con un horario y con el cumplimiento de órdenes por parte del jefe inmediato, elementos propios de una relación laboral, con el fin de que esto fuese claro para ambas partes.

A continuación se mencionan algunas causas y estrategias que fueron ejecutadas durante la presente administración:



Frente a las estrategias diseñadas por el Proceso de Gestión Jurídica, las mismas han tenido diferentes instancias de socialización, a saber; el Comité Directivo donde acuden los Subgerentes, Directores y Líderes de los Procesos, el Comité de Conciliación donde tiene asiento la Gerencia, las Subgerencias Corporativa y de Servicios, la Dirección Administrativa, la oficina de Desarrollo Institucional, la Dirección de Contratación y la Oficina de Control Interno.

De igual manera, se mantienen mesas de trabajo y charlas con los profesionales de enlace y demás personas involucradas en la temática que refiere el presente informe, con el fin de que los receptores de la información la desplieguen en sus procesos a través de las unidades locales de comunicación (ULC).

Es importante resaltar, que como directriz de la Oficina Asesora Jurídica esta el apelar toda sentencia desfavorable, sin embargo, se presentan casos donde no apelar, puede resultar en beneficio para la entidad siempre y cuando el demandante no apele.

8. SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD O SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

El Concepto 41191 de 2017 del DAFP, señala que: *“Por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende “sin solución de continuidad”, cuando la prestación del servicio es continuo, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.*

Bajo ese entendido, la solución de continuidad de que trata el artículo 45 de la Decreto 1042 de 1978, aplicada por la Subred Sur, está encaminada para efectos de la prescripción del reconocimiento de las prestaciones sociales, el cual deberá ser reclamado dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. Sin embargo los jueces no están contemplando periodos donde se presentaron interrupciones para el reconocimiento de la pensión, No aplica la prescripción frente a los aportes para pensión.

Frente a la implementación de la “solución de continuidad”, como estrategia para mitigar el daño antijurídico, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que para el reconocimiento del contrato realidad se tendrán en cuenta los dos últimos contratos de prestación de servicios suscritos de manera interrumpida con la entidad. Por tal motivo si bien es cierto que dicha medida de interrupción de la prestación del servicio es efectiva para la prescripción en el tiempo, no es una medida que garantice la no materializará de la configuración del contrato realidad.

9. SENTENCIAS FAVORABLES Y DESFAVORABLES

TABLA 4. SENTENCIAS FAVORABLES PRIMERA INSTANCIA.

SENTENCIAS FAVORABLES			
PRIMERA INSTANCIA			
No.	MEDIO DE CONTROL	CANTIDAD	V. PRETENSIÓN
1	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO (CONTRATO REALIDAD)	27	\$ 2.054.655.966
2	ORDINARIO LABORAL (CONTRATO REALIDAD)	5	\$ 1.407.877.876
3	REPARACIÓN DIRECTA	16	\$ 4.262.476.814
TOTAL		48	\$ 7.725.010.656

TABLA 5. SENTENCIAS FAVORABLES SEGUNDA INSTANCIA.

SENTENCIAS FAVORABLES			
SEGUNDA INSTANCIA			
No.	MEDIO DE CONTROL	CANTIDAD	VALOR PRETENSIÓN
1	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO (COMPENSATORIOS)	1	\$ 29.640.000
2	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO (CONTRATO REALIDAD)	31	\$ 1.312.154.762
3	ORDINARIO LABORAL (CONTRATO REALIDAD)	16	\$ 1.308.871.079
4	REPARACIÓN DIRECTA	7	\$ 2.353.569.710
5	EJECUTIVOS (POR RELIQUIDACIÓN DE SENTENCIA)	2	\$ 450.423.295
6	CONTRACTUAL	1	\$ 859.140.100
TOTAL		58	\$ 6.313.798.946

V. PAGO DE SENTENCIAS CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019

TABLA 6. SENTENCIAS CONTRATO REALIDAD CANCELADAS 2016-2019

CONTRATO REALIDAD			
No.	MEDIO DE CONTROL	CANTIDAD	VALOR PAGADO
1	NRD (CONTRATO REALIDAD)	80	\$ 7.667.626.986
2	ORDINARIO LABORAL (CONTRATO REALIDAD)	30	\$ 2.492.248.363
3	EJECUTIVO LABORAL (CONTRATO REALIDAD)	2	\$ 212.804.298
TOTAL CONTRATO REALIDAD		112	\$ 10.372.679.647

VI. CONCLUSIONES DE LA AUDITORÍA

La Oficina de Control Interno de la Subred Sur puede concluir que el Oficina Asesora Jurídica de la entidad:

- 1) Si bien es cierto, que el contrato de prestación de Servicios está definido claramente en la Ley; en su ejecución puede llegar a sufrir una desnaturalización al primar la realidad sobre las formalidades, lo cual deriva en la configuración de una relación laboral como lo han establecido las Altas Cortes en sus Jurisprudencias.
- 2) Es importante resaltar que en los últimos años la Agencia Nacional de Defensa del Estado ha identificado un incremento significativo en el país de las demandas donde la pretensión es que se declare la existencia del contrato realidad.
- 3) La Subred Sur viene asumiendo de forma consciente la problemática frente a las demandas y condenas referentes a la configuración de una relación laboral de una forma proactiva y buscando la eficacia y eficiencia en la gestión.
- 4) Desde la fusión en el año 2016, la entidad ha venido dando un giro positivo en el manejo de su Gestión Jurídica con el fin de desplegar condiciones que redunden en la mejora de la defensa del daño antijurídico, al mismo tiempo que se aplican los presupuestos legales y normativos en dicha materia.

- 5) La presente administración está encaminada en una defensa que propenda por salvaguardar los intereses de la entidad sin sobrepasar los de los particulares, obrando en justicia y rescatando las prácticas exitosas de las sentencias favorables y replicándolas con los abogados externos.
- 6) La entidad busca soluciones efectivas para lograr la mitigación del daño antijurídico frente a esta causa.
- 7) Se busca la coordinación y articulación con los Directores y líderes de Procesos con el fin de socializar estrategias y replicarlas a los diferentes niveles de la entidad a manera de culturizar a los diferentes actores involucrados en los procesos de contratación y supervisión de las OPS.
- 8) Frente al agotamiento de la vía gubernativa, conforme con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, la Subred Sur, ha definido como directriz el “no conciliar”, en razón a que la entidad carece de competencia para declarar un contrato realidad.
- 9) Se evidencia, que existe apropiación por parte de la entidad en su cadena de mando frente a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.
- 10) Las prácticas exitosas desde la experiencia litigiosa de los abogados externos de la entidad es replicada para la mejora continua de la defensa jurídica.
- 11) La entidad trabaja en la mejora de la supervisión de los contratos.
- 12) El Proceso de Gestión Jurídica recibió reconocimiento distrital con el premio al **Modelo de Gestión Jurídica Pública** otorgado el 29 de noviembre de 2019, por la Secretaria Jurídica Distrital “Por la mejor gestión adelantada en las etapas de Planeación, Ejecución, Control y seguimiento” encontrándose en el nivel ideal.

VII. RECOMENDACIONES DE LA AUDITORÍA

- 1) La oficina de Control Interno, aconseja tener especial cuidado respecto al riesgo de que se configuren los elementos básicos de una relación de trabajo; estableciendo así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Se deben definir controles para disminuir la probabilidad del riesgo y reducir su impacto.
- 2) Se debe propender por la ejecución del objeto contractual de forma independiente y autónoma como concierne a un contrato de prestación de servicios, soportado en la autonomía de la voluntad.
- 3) Evitar posterior a la “solución de continuidad”, que dentro del objeto contractual se continúen desempeñando las mismas actividades.

- 4) Analizar de manera permanente la jurisprudencia que resulte relevante para la defensa Jurídica de la entidad.

Finalmente, es necesario establecer, que si bien se auditó con corte a diciembre de 2019, para lo que va corrido del presente año 2020, el número de solicitudes de conciliación que han sido allegadas a la entidad por configuración de contrato realidad aumento significativamente, lo anterior producto de la terminación de contratos de prestación de servicios que se llevaron a cabo en los últimos meses del 2019 y principios del 2020.

VIII. REUNIÓN DE CIERRE

El 02/03/2020, se llevó a cabo reunión de cierre de auditoría en la oficina de Control Interno de la entidad con la participación de la Dra. Gloria Emperatriz Barrero Carretero. En el desarrollo de la reunión la Jefe Jurídica aceptó el contenido del informe, considerándolo objetivo y pertinente. Se procedió a diligenciar la encuesta de satisfacción por parte del área auditable. Los papeles de trabajo de la auditoria reposan en el archivo de la OCI.

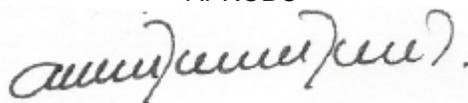
Fecha del Informe Final: 02/03/2020

ELABORÓ

FIRMADO EN ORIGINAL

AUDITOR EFRAÍN E. SILVA SÁNCHEZ
ABOGADO AUDITOR – CONTRATISTA

APROBÓ



NIDIA FERNANDA RODRIGUEZ SALCEDO
JEFE OFICINA DE CONTROL INTERNO