

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DEL RISARALDA

Pereira, Risaralda enero 03 de 2024

POR MEDIO DEL CUAL SE SURTE GRADO DE CONSULTA PROCESO DE
RESPONSABILIDAD FISCAL 758-2019
Auto No. 01

<u>ENTIDAD AFECTADA:</u>	ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA NIT 800.231.235-7
<u>CUANTIA</u>	TOTAL \$14.618.334
<u>OBJETO:</u>	PRESUNTO DETRIMENTO AL PATRIMONIO PÚBLICO POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA, SEÑALADAS EN EL CPS 138-2018.
<u>PRESUNTOS RESPONSABLES:</u>	DAVID RICARDO CARDONA MOLINA C.C. 10.019.338 GERENTE MAURICIO CARDONA C.C. 10.022.543 GERENTE LUISA MARIA HINCAPIE ZAPATA C.C. 24.414.290 GERENTE GUILLERMO CASTAÑEDA SANDOVAL C.C. 1.088.259.836 INTERVENTOR
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT 90000686662 PÓLIZA 022221664

OBJETO A DECIDIR

El Contralor General de Risaralda, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, y demás normas concordantes, procede a conocer en **GRADO DE CONSULTA** respecto a la decisión adoptada por la Contraloría General del Risaralda - Grupo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante auto **482**

del 30 noviembre de 2023, por medio del cual se **ARCHIVA POR NO MERITO** Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. **PRF 758 de 2019**.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTO FÁCTICO

Condición: La ESE suscribió contrato No.138 del 02 de enero de 2017, Gustavo Adolfo Cardona Zuleta, Que tuvo por objeto Auditar la calidad del registro en la historia clínica durante la atención al usuario y apoyar el programa de salud ocupacional de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira. Lo anterior conforme a la propuesta, justificación y anexo técnico para la contratación los cuales hacen parte integral del presente contrato, por valor de \$56.000.000 /(\$8.000.000/mes), con una duración de siete (7) meses, a partir del 15 de enero/18 hasta el 14 de agosto de 2018.

El Dr. Cardona fue contratado para trabajar, por un lado, en el área de calidad para hacer auditoria a la Historia Clínica durante la atención al usuario y manejar el programa del Paciente Trazador, entre otras actividades del área, con un costo mensual de \$3.000.000. Por otro lado, apoyar el Programa de Salud Ocupacional, con un costo mensual de \$5.000.000.

En la cláusula séptima del contrato se establece que la interventoría estará a cargo de Guillermo Castañeda Sandoval, quien exigirá al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato, y se encargará de velar por el cabal cumplimiento del mismo y la supervisión técnica a cargo de Subgerente de Gestión Administrativa y la Profesional Especializada del área de la Salud.

En el ejercicio de control se pudo evidenciar lo siguiente:

El 28 de marzo de 2018, oficio No.2018002688, la Profesional Especializada del área de la Salud, requirió al contratista sobre las obligaciones que a la fecha estaban pendientes, estas son:

- Implementar la metodología descrita por la institución para pacientes trazador (Pendiente 16 pacientes).
- Entregar informe final de auditoria con % de cumplimiento de cada criterio auditado en calidad de historia clínica evaluado servicio de urgencias, Gineco obstetricia GPC Recién Nacido con asfixia perinatal.
- Realizar planes de mejora que se generen en dichos informes.

El 2 de abril el Dr. Cardona, en respuesta el oficio anterior, reconoció que el informe final de auditoria no se había realizado y que en cuanto al paciente trazador estaba pendiente con la oficina jurídica para cambiar las obligaciones previas. En cuanto a los planes de mejora no hizo mención.

El 5 de abril de 2018, el Dr. Cardona le informa al subgerente Asistencial de la ESE, Dr. Mauricio Cardona, sobre carga laboral de su contrato por lo que solicitó prescindir de las obligaciones del área de calidad y dedicarse al área de Seguridad y Salud en el trabajo.

El 17 de abril de 2018, en reunión realizada con el gerente (e), el interventor y el Dr. Cardona, acordaron modificar el contrato para que este último se enfocara en las labores de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El 8 de mayo de 2018, el Interventor, Dr. Guillermo Castañeda Sandoval, informó al Dr. Mauricio Cardona, Gerente encargado de la ESE, sobre la queja verbal presentada por los contratistas Gustavo Adolfo Cardona y Laura Ocampo sobre la demora en el trámite de la supervisión técnica que se le venía realizando a sus cuentas, entregadas a mediados del mes de abril, y que a la fecha no habían recibido respuesta.

El 9 de mayo de 2018, el Gerente (e) únicamente pidió se levantara las supervisiones técnicas de estos contratos (177 y 138 de 2018) y que el control quedará en cabeza de la interventoría exclusivamente.

Modificación 1 (otro sí) del 9 de mayo de 2018, por medio de la cual se modifica la cláusula séptima Interventoría, quedando la supervisión técnica a cargo de la Subgerencia de Gestión Administrativa y la interventoría a cargo del Dr. Guillermo Castañeda Sandoval. Modificación que no fue informada la Profesional Especializada del área de Salud, quien ejercía como supervisora técnica en el área de calidad.

El 21 de mayo de 2018, La Profesional Especializada del Área de Salud, solicitó los soportes de las obligaciones contractuales radicadas con el oficio 20018002688 del 28 de marzo de 2018, para poder continuar con el proceso.

El 14 de junio de 2018, el Dr. Gustavo Adolfo Cardona Zuleta solicitó a la Gerente realizar un cambio en las actividades del contrato con el propósito de dedicarse exclusivamente al área de Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que solicitó suspender actividades de calidad y agregar otras relacionadas con Seguridad y Salud en el Trabajo,

El 20 de junio de 2018 el Interventor estimó viable los cambios propuestos por el contratista y así se lo manifestó a la Gerencia en el oficio con radicado 2018005067.

El 29 de junio de 2018, Con base en los estudios previos firmados por el Subgerente Administrativo, se proyectó una segunda modificación al contrato suprimiendo once (11) obligaciones y disminuyendo el valor del contrato a \$4.000.000 mensuales. Modificación que finalmente no se firmó.

El 31 de agosto de 2018, la interventoría en respuesta a petición interpuesta por el contratista, informó que las actividades realizadas entre el 1 de julio y

el 14 de agosto de 2018, estaban siendo evaluadas para determinar el cumplimiento de las obligaciones y proceder al respectivo pago.

En cuanto al cumplimiento del objeto contractual en lo relacionado con apoyar el Programa de Salud Ocupacional este cumplió, de acuerdo al análisis efectuado a las actas canceladas.

En lo referente al área de calidad, para hacer auditoria a la Historia Clínica durante la atención al usuario y manejar el programa del Paciente Trazador, sólo se evidenciaron las siguientes actividades: desarrolladas por el contratista.

Enero (15-31): Recibir asesoría en actividades de calidad, Estudio de pertinencia de historia clínica de ingreso en urgencias y Realización del Paciente Trazador con asesoría externa. Revisadas 8 historias clínicas neonatología.

Febrero (1-28): Estudio de pertinencia de ingreso en urgencias de 135 historias, en promedio 15 historias por médico. Neonatología revisadas 8 historias clínicas y 8 historias clínicas Asfixia perinatal. Asesoría externa de paciente trazador ronda.

Marzo (1-31): Análisis resultados auditoria historias clínicas de ingreso a urgencias, se dejan en PowerPoint, Estudio de 120 historias clínicas de ingreso a ginecoobstetricia. Promedio 20 historias por médico.

Abril (1-30); Análisis resultados de auditoria historia clínica de ingreso a Gineco-obstetricia, se dejan en PowerPoint. Pertinencia permanencia en observación de urgencias, revisadas 92 historias clínicas. Neonatología-asfixia perinatal 13 historias clínicas. Total 105.

Mayo (1-31): Se adecua lista de chequeo del paciente trazador (2-4 mayo). Se ajusta la lista de chequeo Paciente Trazador de Dinámica Gerencial (15-05-18). Educación paciente trazador (26-05-18). Socialización de conciliación medicamentos en la historia clínica como requisito de paciente trazador en médicos de Gineco y urgencias (28-31 de mayo).

Junio (1-30): No se observó la realización de actividades relacionadas con auditoria a la Historia Clínica durante la atención al usuario y el programa del Paciente Trazador.

Julio (1-31): No se observó la realización de actividades relacionadas con auditoria a la Historia Clínica durante la atención al usuario y el programa del Paciente Trazador.

Agosto (1-14): No se observó la realización de actividades relacionadas con auditoria a la Historia Clínica durante la atención al usuario y el programa del Paciente Trazador.

En el análisis efectuado a la ejecución del contrato no se halló la realización de actividades relacionadas con:

1. Auditoria concurrente de la calidad en los registros de la historia clínica, en los meses de mayo, junio, Julio y primera quincena de agosto.
2. Implementar la metodología descrita por la institución para el paciente trazador, en los meses de febrero, abril, junio, julio y primera quincena de agosto.
3. Realizar las unidades de análisis a los probables eventos adversos remitidos por la entidad contratante en conjunto con la oficina del SOGCS, además liderar las unidades de análisis de los probables eventos adversos de la ESE.
4. Registrar cada actuación de la auditoria concurrente en la historia clínica del usuario e incluir las solicitudes relacionadas con trámites administrativos o dificultades por falta de oportunidad de la entidad contratante en la realización de cualquier procedimiento o examen no ofertado.
5. Socializar en el Comité del SOGCS los hallazgos de auditoria concurrente la historia clínica y registrar el plan de mejoramiento.
6. Dar cumplimiento a las metas del Plan de Desarrollo Gerencial 2016-2019 asimismo realizar análisis y plan de mejoramiento a los indicadores de norma y de procesos institucionales.
7. Implementar y evaluar la adherencia de las guías de Práctica clínica del Ministerio de Salud y Protección Social, implementadas por la ESE.
8. Participar activamente en las auditorias de los procesos que hacen parte del SOGCS de acuerdo al cronograma establecido.

En desarrollo del proceso auditor no se conoció que se le hubiera delegado por parte de la oficina de SOGCS y la subgerencia Asistencial la asistencia y participación en reuniones y comités, como tampoco, acciones de mejora asignadas en la autoevaluación de los componentes del SPGCS, Habilitación, PAMEC y Acreditación, ni actividades programadas por la profesional especializada en el área de salud, actividades que hicieron parte del alcance del objeto contractual.

Llama la atención a este órgano de control que el contratista haya relacionado entre sus tareas del mes de junio la realización de turno asistencial entre el 12 y el 18 de junio, de las 18 horas a las 07 horas, cuando el contrato no lo contempla.

CRITERIO (NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS):

Artículo 6º de la Ley 610 de 2000, artículo 118 literal c de la Ley 1474 de 2011, artículo 48 de la ley 1474 de 2011, artículo 48 numeral 31 de la ley 734 de 2002.

CAUSA:

Inobservancia del principio de responsabilidad, ausencia de control y seguimiento, deficiencias e Control Interno, irregularidades de la interventoría

EFECTO:

Detrimiento al patrimonio público por actividades no ejecutadas por el contratista, puede acarrear sanciones de carácter fiscal y disciplinario.

FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS	Enero- junio de 2018
CUANTÍA DEL PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL (\$)	\$14.618.334
MÉTODO DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL ¹	Nota No.1
PRINCIPIO DE LA GESTIÓN FISCAL PRESUNTAMENTE VIOLADO (Art. 8 Ley 42/93)	Eficacia, Eficiencia, economía

Nota No.1

Cuantificación del presunto daño patrimonial al Estado por actividades dejadas de ejecutar por el contratista que le fueron efectivamente pagadas.

Considerando que, a septiembre 25 de 2018, la ESE le ha cancelado al contratista desde 15 de enero hasta el 30 de junio, la suma de \$16.706.667, por 11 actividades que debió de ejecutar el contratista, relacionadas con SOGCS, 3 no le fueron requeridas por la entidad durante el desarrollo del objeto, quedando ocho en ejecución a un costo de \$2.088.333, de estas actividades no se tiene evidencia de la ejecución de 6 de ellas y 2 se ejecutaron parcialmente, lo que genera una observación con alcance fiscal en la suma de \$14.618.334.

Para determinar el presunto daño patrimonial se tomaron los siguientes parámetros:

- Si la actividad se cumple totalmente, se asigna una calificación de cumplimiento de 2
- Si la actividad se cumple parcialmente, se asigna una calificación de cumplimiento de 1.

¹ Explicar cómo se determinó o cuantificó el valor del detrimento patrimonial

- Si no hay evidencia alguna de cumplimiento, se califica con 0.

Nº	Actividades	Cantidad de actividades	Cumplimiento
	Auditar la calidad del registro en la historia clínica durante la atención al usuario y conforme a las políticas, protocolos, programas, planes, guías de práctica clínica y procedimientos establecidos por la ESE y entidades Gubernamentales.		
2	Auditoria concurrente de la calidad en los registros de la historia clínica.	4	1
3	Implementar la metodología descrita por la institución para el paciente trazador	3	1
4	Realizar las unidades de análisis a los probables eventos adversos remitidos por la entidad contratante en conjunto con la oficina del SOGCS, además liderar las unidades de análisis de los probables eventos adversos de la ESE.		0
5	Registrar cada actuación de la auditoria concurrente en la historia clínica del usuario e incluir las solicitudes relacionadas con trámites administrativos o dificultades por falta de oportunidad de la entidad contratante en la realización de cualquier procedimiento o examen no ofertado.		0
	Asistir y participar en reuniones y comités delegado por parte de la oficina de SOGCS y la subgerencia Asistencial		
7	Socializar en el Comité del SOGCS los hallazgos de auditoria concurrente la historia clínica y registrar el plan de mejoramiento		0
8	Dar cumplimiento a las metas del Plan de Desarrollo Gerencial 2016-2019 asimismo realizar análisis y plan de mejoramiento a los indicadores de norma y de procesos institucionales.		0
	Ejecutar las acciones de mejora asignadas en la autoevaluación de los componentes del SPGCS, Habilitación, PAMEC y Acreditación		
10	Implementar y evaluar la adherencia de las guías de Práctica clínica del Ministerio de Salud y Protección Social, implementadas por la ESE.		0
11	Participar activamente en las auditorias de los procesos que hacen parte del SOGCS de acuerdo al cronograma establecido.		0

Nº	Actividades	Cantidad de actividades	Cumplimiento
	Cumplir las actividades que el programe la profesional Especializada en el área de salud.		

Cabe anotar que en la columna de "Cantidad de Actividades", se muestra el número de soportes o evidencias encontradas por cada actividad en la etapa de ejecución del ejercicio auditor llegándose a los siguientes resultados:

Actividades	Cantidad	Valor
Cumplidas	0	\$ -
Parciales	2	\$ 2.088.333
Incumplidas	6	\$ 12.530.000
Total	2	\$ 2.088.333

Es pertinente anotar que dicho contrato se encuentra terminado, sin acta de recibo a satisfacción y pendiente de pago los periodos del 1-31 de julio y del 1 – 14 de agosto de 2018.

Los pagos efectuados al contratista por las actividades de calidad ascienden a \$16.706.667 (actas del 1 al 6), que incluye \$14.618.334 pagados por actividades de calidad no ejecutadas, al no estar debidamente soportadas.

FECHA DE OCURRENCIA DEL HECHO

El A- quo señaló como fecha de ocurrencia del hecho el 14 de agosto 2018, esto, de conformidad a al traslado del hallazgo y elementos materiales probatorios.

VALOR DEL PRESUNTO DETRIMENTO

Se determinó inicialmente la suma Del presunto daño patrimonial en la suma de **CATORCE MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$14.618.334).**

IDENTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

En el formato de traslado de hallazgo el equipo auditor estableció como entidad afectada por el presunto detrimento la **ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA NIT. 800.231.235.**

PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Fueron investigados como presuntos responsables:

DAVID RICARDO CARDONA MOLINA
C.C. 10.019.338
GERENTE

MAURICIO CARDONA
C.C. 10.022.543
GERENTE

LUISA MARIA HINCAPIE ZAPATA
C.C. 24.414.290
GERENTE

GUILLERMO CASTAÑEDA SANDOVAL
C.C. 1.088.259.836
INTERVENTOR

VINCULACIÓN TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

ALLIANZ SEGUROS S.A.
NIT 90000686662
PÓLIZA 022221664

ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS

El acervo probatorio recaudado y allegado al Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado **PRF 758-2019**, se relaciona a continuación:

DOCUMENTALES:

Reposan con el formato de traslado de Hallazgo Fiscal, los siguientes documentos:

1. Solicitud Administrativa
2. Estudio Previo
3. CDP 184
4. CPS 138 2018 Gustavo Adolfo Cardona Zuleta
 - a. CPS 138B 2018
5. RP 158

6. Póliza de cumplimiento
7. Acta inicial
8. Oficio marzo 28 2018
9. Oficio abril 2 2018
10. Oficio abril 5 2018
11. Acta abril 17 2018
12. Oficio mayo 8 2018
13. Oficio mayo 9 2018
14. Modificación 1
15. Oficio mayo 21 2018
16. Oficio junio 14 2018
17. Oficio junio 20 2018
18. Proyecto de modificación
19. Oficio julio 17 2018
20. Oficio agosto 31 2018
21. Actas de Interventoría e Informes de actividades
22. Comprobante de Egresos No. 69794 138
23. Comprobante de Egresos No. 70223 138
24. Comprobante de Egresos No. 71410 138
25. Comprobante de Egresos No. 70553
26. Comprobante de Egresos No. 71244 138
27. Comprobante de Egresos No. 71699 138
28. Cuenta por pagar julio 2018
29. Cuenta por pagar agosto 2018
30. Informe Preliminar de AR ESE HUSJ y oficios remisorios (3)
31. Derecho de contradicción de la ESE HUSJ de Pereira
32. Derecho de contradicción del Dr. Gustavo Adolfo Cardona Zuleta
33. Derecho de contradicción Dr. Mauricio Cardona
34. Derecho de contradicción Dr. Guillermo Castañeda Sandoval
35. Mesa de Trabajo No.11
36. Informe Final de AR a la ESE HUSJ de Pereira y oficios remisorios
37. Respuesta Derecho de Contradicción a la ESE HUSP de Pereira
38. Respuesta Derecho de Contradicción al Dr. Mauricio Cardona
39. Respuesta Derecho de Contradicción al Dr. Gustavo Cardona
40. Hoja de vida Dr. David Ricardo Cardona Molina
41. Hoja de vida del Dr. Mauricio Cardona
42. Hoja de vida Dr. Guillermo Castañeda Sandoval
43. Contrato de Prestación de Servicio No. Dr. Guillermo Castañeda Sandoval
44. Póliza de manejo
45. Cuantías para contratar
46. Carta de Salvaguarda
47. Hoja de vida Dra Luisa María Hincapié Zapata
48. Hoja de Vida de Gustavo Adolfo Cardona Zuleta

PROVIDENCIA CONSULTADA – CONSIDERACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión objeto de consulta es la tomada por el *A-quo* en el auto **482 del 30 de noviembre 2023**, por medio del cual se ordena el archivo por no mérito del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. **PRF 758 de 2019** y finalmente, ordenó la remisión del expediente a esta instancia jerárquica con el fin de que se surta el Grado de Consulta, el *aquo* señala:

(...)

El Grupo de Control Fiscal Integrado remite a este despacho, formato de traslado con presunta incidencia fiscal, producto de una auditoria regular practicada a la ESE HOSPITAL SAN JORGE DE PEREIRA, por presunto detrimento al patrimonio público por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en el marco del contrato 138 de 2018. El presunto detrimento se cuantifica en la suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$14.618.334).

Reposa dentro del expediente los documentos precontractuales y contractuales que dan fe y rezan las obligaciones que el contratista debía cumplir. Este despacho se permite precisar que, si bien es cierto, las obligaciones son taxativas y deben ser de cabal cumplimiento por parte del contratista, no es menos cierto que algunas de ellas dependiendo de su naturaleza no se afectan mes a mes, es decir, no todas las obligaciones y actividades contractuales son de cumplimiento mensual y si lo son en el lapso o vigencia contractual, sin que pueda con ello pregonarse o avizorarse un presunto incumplimiento por parte del contratista y como consecuencia de ello un detrimento patrimonial.

Ahora bien, conforme lo probado en el trasegar del proceso, el contratista recibió instrucción del contratante para que basado en la experticia con que este contaba le apoyara en algunas actividades inherentes al contrato, mismas que revestían una especial importancia para la Institución, así mismo, existía una presunta sobre carga laboral del contratista, situación que fue en su momento avisada por este quien a su vez solicitó la modificación de las actividades contractuales y el ajuste en el valor de los honorarios devengados, en virtud de la relación contractual entre las partes existentes.

En consecuencia, se considera que el contrato que celebó la ESE, busco suplir las necesidades que esta tenía basados en el conocimiento que el contratista ostentaba y buscando continuar con la acreditación de la Institución, directriz de la junta directiva, se precisa que uno de los pilares para continuar con la mentada acreditación, era justamente el componente de seguridad y salud en el trabajo mismo que a su vez representaba uno de los fuertes del contratista, motivo por el cual desde la gerencia de la ESE se decidió volcar esfuerzos para tal actividad, esto, con el apoyo del contratista. Por lo anterior, no podemos hablar de un incumplimiento de las obligaciones del contratista por cuanto, este busco suplir la necesidad de un servicio con carácter fundamental, sin que se vislumbre mala fe o la intención de incumplir.



Ahora bien, para este despacho no hay claridad sobre la manera en que el equipo auditor cuantifico el daño, considerando que el conjunto de obligaciones adquiridas por el contratista al suscribir el contrato hacen parte de una unidad, el cual se debe analizar de manera integral, toda vez que finalmente lo que interesa a este organismo de control, es que efectivamente se haya ejecutado el contrato, satisfaciendo la necesidad de la contratación suscitada, sin que exista un fraccionamiento o cuantificación individual de las obligaciones o actividades, teniendo en cuenta que estas no se ejecutan de manera autónoma e independiente y si existiendo una correlación entre las mismas, algunas incluso no dependían de manera directa del contratista y si del cumplimiento de una condición, ejemplo de ello, son actividades como el paciente trazador, evento adverso, registro de auditoria en historia clínica, mismas que dependían exclusivamente de que a la entidad contratante le sucedieran o presentaran estas contingencias. No existe dentro de las obligaciones contractuales disposición alguna que indique que la totalidad de las obligaciones allí plasmadas y adquiridas por el contratista debieran realizarse en su totalidad mes a mes, por lo que la labor de interventoría y supervisión debía enfocarse en observar el grado de impacto de la actividad realizada conforme la necesidad de la entidad.

Se precisa que, durante la ejecución del contrato y previo a la realización de los pagos por parte de la entidad contratante, el contratista debía allegar una serie de documentos como el informe de actividades, en el cual relacionaba una a una las actividades que había impactado aportando las evidencias que avalaran y soportaran el cumplimiento de las actividades descritas en el contrato, es así como reposa dentro del material probatorio recaudado dentro del presente trámite procesal los informes y evidencias de las actividades realizadas por el contratista, informes que por lo demás llevaban el visto bueno por parte de la supervisión e interventoría del contrato, tal como lo esboza la señora NATACHA PEREZ en su calidad de apoyo técnico de interventoría del contrato, en testimonio rendido a solicitud de las partes, desvirtuando de esa manera un presunto incumplimiento por parte del contratista frente a las obligaciones por este adquiridas.

En lógica de lo expuesto, para esta Dirección queda claramente demostrado que no hubo daño al erario de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JORGE DE PEREIRA dentro del presente proceso, puesto que del análisis probatorio estudiado, y las manifestaciones expuestas por el órgano judicial, se deduce que el contrato de prestación de servicios fue ejecutado jurídica y fácticamente, en su totalidad, por el contratista, toda vez que no reposan pruebas que demuestre una deficiente gestión fiscal y antieconómica en la celebración del contrato.

Todo lo antes citado, establece que el contrato cuestionado se cumplió de conformidad con las cláusulas contenidas, sin que haya lugar a determinar la existencia de un daño patrimonial, pues los investigados obraron de acuerdo al manual de funciones y el particular en su calidad de contratista conforme a las obligaciones pactadas, ya que la entidad obtuvo un beneficio en los servicios

contratados, y dentro del acervo probatorio se encuentra demostrada la ejecución del mismo, sin que exista certeza o se encuentre plenamente identificado de qué manera se produjo el presunto daño patrimonial.

(...)

DECISIÓN DE FONDO OBJETO DE REVISIÓN

PRIMERO: ARCHIVAR POR NO MERITO el proceso de responsabilidad fiscal No. 758-2019, a favor de los señores DAVID RICARDO CARDONA MOLINA, identificado con cedula de ciudadanía No. 10.019.338 en calidad de gerente para el periodo 11/01/2018 al 31/03/2018, MAURICIO CARDONA, identificado con cedula de ciudadanía No. 10.022.543 en calidad de gerente para el periodo 01/04/2018 al 07/06/2018, LUISA MARIA HINCAPIE ZAPATA, identificada con cedula de ciudadanía No. 24.414.290, en calidad de gerente para el periodo 08/06/2018 al 31/12/2018 Y GUILLERMO CASTAÑEDA SANDOVAL, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.088.259.836, en calidad contratista – interventor-contrato 01 de 2018 y de ALLIANZ SEGUROS S.A. identificada con Nit. 900.068.666-2, bajo la póliza global de manejo No. 022221664., de conformidad con lo señalado en la parte considerativa del presente proveído.

EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

Procederá la consulta cuando se **dicte auto de archivo**, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador Artículo 18 Ley 610 de 2000 (Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia , en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”⁸

En virtud de lo dispuesto por el precitado artículo, la decisión en grado de consulta, goza de un amplio margen de acción, como en efecto lo ha señalado el Consejo de Estado en Sentencia No 63001-23-31-000-2008-00156-01 - Sala Contenciosa Administrativa - SECCIÓN PRIMERA, de 22 de Octubre de 2015: cuando indica:

“El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. [...] Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión....”.

En Sentencia T-587 de 2002, sostuvo el juez colegiado constitucional:

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la primera instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C-619/02.

El objeto de la responsabilidad fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional y la Ley.

Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son:

- La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal. El daño fiscal, está previsto el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 como:

"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado...".

Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable así se ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

El daño constituye la médula del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina colombiana.

La certeza en el daño, es entonces uno de los elementos cardinales para que se pueda precisar la responsabilidad de un sujeto de control determinado.

Así lo ha reiterado la Jurisprudencia Contenciosa del máximo órgano de cierre, al indicar entre otras: “ (...) *la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad fiscal. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante **destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño** (...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal sólo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo*.” (Lo resaltado es del Despacho).

CONSIDERACIONES PREVIAS

MEDIDAS DE SANEAMIENTO PROCESAL

Irregularidades sustanciales y declaratorias de nulidades procesales:

Una vez revisado el expediente y cada una de las actuaciones procesales que lo componen, este despacho no avizora irregularidades sustanciales que comprometan las actuaciones procesales.

Caducidad y prescripción: Al respecto el artículo 9° de la ley 610 de 2000 establece que:

Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Que, en base a lo anterior, a la fecha en que se emite esta decisión, no ha operado el fenómeno de la prescripción, toda vez que se emitió auto de apertura No. 20 del 04 de abril de 2019, por lo que se es competente para decidir y fallar.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 272 de la Constitución, corresponde a las contralorías de las entidades territoriales vigilar la gestión fiscal realizada por la Administración y por los sujetos de derecho privado que manejan fondos o bienes del Estado. El artículo 267, más concretamente, precisa que el aludido control debe realizarse de manera posterior y selectiva; la misma disposición consagra, de otro lado, como principios reguladores de dicha actividad los postulados de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. (...) De acuerdo con los términos empleados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-557 de 2001, se concluye que el proceso encomendado a la Contraloría General y a las contralorías territoriales tiene por objeto *"hacer efectiva dicha responsabilidad —la responsabilidad fiscal, valga decir— y obligar al servidor público o al particular a reparar el daño causado al erario por su actuación irregular"*.

El artículo 268 de la Carta Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 4 de 2019, señala dentro de las atribuciones del Contralor General de la República, entre otras, las siguientes:

"(...) 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.

5. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios. (...)"

De esta manera, el Proceso de Responsabilidad Fiscal, tendrá por objeto obtener una declaración jurídica de naturaleza administrativa, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad patrimonial que les asiste a los servidores públicos y particulares que administren o manejen bienes o fondos públicos, cuando en el ejercicio irregular de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa, un daño al patrimonio del Estado.

La Ley 610 de 2000 en su artículo 5º, estructura la responsabilidad fiscal a partir de la existencia de los siguientes elementos: (i) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado; (ii) un daño patrimonial al Estado y, (iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Ahora bien, el daño es uno de los conceptos más elaborados y trabajados de la doctrina perteneciente a la responsabilidad contractual y extracontractual, motivo por el cual, son múltiples los autores que lo han querido abordar, con el objeto de determinar su límite y extensión.

Así tenemos como el doctor Tamayo lo define como “...el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”²; mientras que el profesor De Cupis señala que el daño no es más que un “...perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”³. Por su parte, el doctor Henao lo identifica como “...la aminoración patrimonial de la víctima”⁴, y el tratadista Escobar Gil, lo determina como “...todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza...”⁵

De esta forma tenemos, que, a pesar de la pluralidad de definiciones, todas ellas conservan unos elementos comunes los cuales se refieren al detrimento sufrido por el patrimonio de la víctima, como consecuencia de una acción u omisión ilícita generada por un tercero independiente a la víctima. Así pues, podemos señalar que el daño es el menoscabo o detrimento producido al patrimonio de la persona natural o jurídica o, a la persona en su ser mismo ya sea patrimonial o físico o, moral o extrapatrimonial, por parte de un tercero, producto de una conducta ilícita.

Si bien existe una homogeneidad respecto al concepto del daño, no cabe duda que este en materia fiscal contempla unos elementos especiales que lo diferencian del daño en materia penal o civil.

Así, se requiere de un sujeto cualificado para su producción, ya que debe ser causado por un gestor fiscal (o un agente que “contribuya” “con ocasión” de la gestión fiscal al detrimento del erario de acuerdo a su “conexidad próxima y necesaria”). Así mismo, la acción dañosa, debe recaer única y exclusivamente sobre los bienes del Estado, escapando a su examen el menoscabo que sufran otros recursos que no sean los públicos.

De lo anterior, se sigue que el sujeto pasivo del daño sea el Estado, concebido este como persona jurídica en cuanto sujeto de derechos y obligaciones,

² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Vol. II. Bogotá: Legis, 2013, p. 326.

³ DE CUPIS, A. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, cit., p. 81.

⁴ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 84

⁵ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad contractual de la administración pública, Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 165.

respecto del cual y por esa condición, sólo es posible indemnizar el daño patrimonial o físico, y no el extrapatrimonial o moral⁶.

El daño tiene como características, la de ser cierto, esto es, que sea objetivamente verificable⁷, en relación inversamente proporcional con el denominado daño eventual, el cual no es indemnizable⁸; que sea especial, en relación con su origen; anormal, al no tomar en cuenta el desgaste natural de las cosas producto del paso del tiempo, y cuantificable por valorar económicamente el costo del perjuicio.

De la misma forma, la doctrina ha sido reiterativa en considerar el daño como el primer elemento de la responsabilidad fiscal. Sólo después de estructurado y probado el daño se puede establecer los demás elementos, empezando por la conducta.

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República en Concepto 110.35.2020 del 04 de agosto de 2020, señaló sobre el daño:

“(…) podemos concluir que en materia de responsabilidad fiscal, el daño patrimonial al Estado es uno de sus tres elementos constitutivos, consistente en la lesión que por acción u omisión, con dolo o culpa grave se cause al patrimonio público; encontrando que el uso indebido (y dentro de él la destinación diferente), por sí solo no configura daño patrimonial, pues debe observarse si tal uso indebido causa o no lesión al patrimonio”.

En concepto EE 9273 del 14 de febrero de 2006 la Oficina Jurídica de la Contraloría sostuvo respecto al daño al patrimonio del Estado:

“Con base en la normatividad antes descrita la Oficina Jurídica realizó un estudio sobre el daño patrimonial al Estado, proferido mediante el oficio 0070A de 15 de enero de 2001, en el cual citaremos algunos aspectos

⁶ Sobre este asunto la jurisprudencia ha precisado que: “...en lo que atañe al reconocimiento de perjuicios morales subjetivados cuya condena impuso el a quo, considera la Sala que la misma resulta improcedente, pues si se tiene en cuenta que este tipo de daño es aquél que “...incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece...” vivencias que “...varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre...” (12), es fácil concluir que esta clase de perjuicios no puede predicarse de una persona jurídica, invulnerable a estos sentimientos, que son los que en últimas abren paso al reconocimiento de esta clase de perjuicios” (Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil, calendada el 13 de septiembre de 2010, M. P. Dr.: Manuel Alfonso Zamudio Mora, Proceso No. 110013103040200300577 01).

⁷ En profesor Tamayo señala que existe certeza del daño “...cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Vol. II. Bogotá: Legis, 2013, p. 339).

⁸ Sobre el llamado daño eventual el profesor Henao ha señalado que ocurre cuando existe “certeza de que el daño no se produjo ni se producirá, razón por la cual se califica de eventual, porque no se puede asegurar que hay aminoración patrimonial (...) Se puede entonces afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia el futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja “el perjuicio” no existe ni se presentará luego” (HENA O PÉREZ, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 139).

relativos al objeto de su consulta, a saber: “IV. EL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. (...) 2. **Certeza del daño. Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto.** Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”. (Subrayado fuera de texto)

(...) “Para la estimación del daño debemos acudir a los principios generales de la responsabilidad, por tanto, para valorarlo debe tenerse en cuenta que el mismo ha de ser cierto, especial, anormal, cuantificable y con arreglo a su real magnitud. Se entiende **que el daño es cierto cuando aparece evidencia que la actuación u omisión del servidor público o particular ha generado una afectación al patrimonio público.** Dicho en otras palabras, existe certeza del daño, cuando obra prueba que permita establecer que existe un menoscabo de los dineros o bienes públicos, por tanto, es viable cuantificar esa disminución patrimonial y endilgárselo a quien con su conducta activa u omisiva lo causó” (...)

Conforme lo contenido en el Artículo 6 de la Ley 610 de 2000, El Daño Patrimonial al Estado, se entiende como:

“La lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.” (Apartes subrayados fueron declarados inexecutable por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

El concepto expuesto, advierte que el daño ocasionado con la gestión fiscal, debe recaer sobre el “patrimonio público”, es decir, en los “bienes o recursos públicos” o en los “intereses patrimoniales del Estado.”

Al respecto de este elemento, la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, señaló:

“Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores, que han de valorarse, debe considerarse que aquél debe ser

cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”

Como se ha visto, la declaración de responsabilidad fiscal dentro del curso del trámite seguido por los organismos de control fiscal, responde en primer momento a la prueba correspondiente del daño patrimonial en contra del Estado. Así mismo, tampoco podría arribarse a una decisión de este tipo, si no se encuentra plenamente acreditada en el plenario una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes siendo servidores públicos o particulares actuaron como gestores fiscales y el nexo causal entre dicha acción u omisión y el daño.

Así, el proceso de responsabilidad fiscal estará precedido de un análisis jurídico y fáctico en el que se evalúe la participación del servidor público o particular en una decisión, actividad, proyecto o contrato con relevancia para la disposición y manejo de los recursos públicos de la entidad de acuerdo con sus obligaciones o marco funcional previamente establecido.

Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso. (Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 2015)

Por lo anterior, se dispone este Despacho a establecer la concurrencia o no de las condiciones legales necesarias para declarar la responsabilidad fiscal según lo descrito en la providencia objeto de la consulta, teniendo en cuenta que en dicha providencia se optó por el archivo por no mérito, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal Proceso No. 758-2019, providencia proferida por la profesional universitaria del grupo de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva mediante auto 482 de noviembre 30 de 2023. De este modo, corresponde a este Despacho revisar los hechos a la luz de la legislación vigente y de los medios probatorios recopilados, con el fin de determinar si le asiste razón a la profesional universitaria al proferir el auto en mención.

En el caso que se analiza, es menester revisar los elementos probatorios que obran en el expediente y sobre los cuales se apoyó el aquo.

Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características:

- (i) Un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.*
- (ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa.*
- (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.*

Sobre el punto, lo primero a precisar es que, la jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal “es indispensable que se tenga una **certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial**, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable.”⁹

La Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, determina: “ARTICULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: “(...)” 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. “(...)”

De acuerdo con lo anterior, las empresas sociales del Estado 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. Es del caso mencionar que el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 27 de agosto de 1998, radicación N° 1.127 Magistrado Ponente: Javier Henao Hidrón, la cual señala que:

“(...) 1.1 Aplicación de las reglas de derecho privado en materia de contratación. Discrecionalidad para incluir cláusulas excepcionales. Al disponer el régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, la ley 100 de 1993 señaló en el numeral 6 de su artículo 195 que, en materia contractual, se regirán “por el derecho privado”, pero con la facultad para utilizar discrecionalmente “las cláusulas exorbitantes” previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Dichas cláusulas, que el estatuto contractual denomina “excepcionales al derecho común”, son las de interpretación, modificación y terminación

⁹ Consejo de Estado, Sección primera, sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

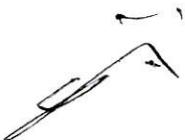
unilaterales; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad, que rige para los contratos de obra y los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación o concesión de bienes del Estado. En esta última clase de contratos - especialmente los de gran minería -, es forzoso incluir además 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, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1°.); para este efecto, hace una enumeración de 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 otorgue 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 2°.).

(...) Para las ESE, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato. Con todo, 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, y que ya han sido mencionados, o sea 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 interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...).”

Por otro lado, aun cuando la contratación de las ESE se regule por el derecho privado, éstas deben observar los principios de la función administrativa, como lo establece el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 que modifica el inciso 2 del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, aparte normativo que cito a continuación:

ARTÍCULO 95. APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. Modifíquese el inciso 2o del literal c) del numeral 4 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, el



cual quedará así: En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. (...)"

A su vez, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente mediante concepto N° 42018130000074107 "Aplicación régimen especial para ESE", indicó que aunque las ESE tienen un régimen especial de contratación deben observar los principios de la función pública, la gestión fiscal, al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, respetar el debido proceso y desarrollar un manual de contratación de acuerdo a los lineamientos que determine Colombia Compra eficiente y los lineamientos fijados por la Resolución 5185 de 2013, en el cual reza lo siguiente:

" (...) Sin embargo, de manera general le informamos que aunque las E.S.E tiene un régimen especial de contratación, deben aplicar los principios de la función pública, incluido publicidad, la gestión fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, respetar el debido proceso y desarrollar un manual de contratación que guíe su actividad contractual de acuerdo con los lineamientos determinados por Colombia Compra Eficiente y la Resolución No. 5185 de 2013, dentro de los cuales se encuentra el deber de desarrollar el principio de planeación. En consecuencia, las Empresas Sociales del Estado podrán exigir el cumplimiento de los requisitos adicionales tanto para la suscripción y formalización del contrato como para su ejecución, tales como el pago de impuestos; lo cual se determinará en el manual de contratación y/o en el respectivo contrato. (...)"

De conformidad con la normatividad anteriormente citada y los conceptos cuyos apartes se han transcrito de la Sala de Consulta de Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, se tiene entonces que el régimen contractual aplicable a todos los contratos que celebren las Empresas Sociales del Estado es el derecho privado, por lo que este despacho indica que confirmará el auto 482 de 2023, toda vez que no se generó en ningún momento acción por parte del supervisor del contrato o contratista que atente con los principios de la gestión pública.

Es de resaltar que, el contrato se cumplió en su integridad y que el objeto del mismo tuvo su debido cumplimiento tal y como lo señala el supervisor del contrato, por lo que debemos recordar que los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son: La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, los cuales no están demostrados en el plenario, por lo que mal haría este despacho en grado de consulta revocar la decisión adoptada y es por ello que con el fin de proteger el interés público, el

ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales, se tomará la decisión de confirmar la decisión del a quo.

Por lo anterior, para este Órgano de Control después de validar las pruebas que obran en el expediente de auto de archivo, no se logra ver o demostrar la configuración del daño como elemento principal y determinante para configurar un reproche fiscal, por lo que considera entonces el Despacho que el Auto de Archivo está ajustado a los presupuestos establecidos, en el sentido de que no se configura la Responsabilidad Fiscal de acuerdo con lo que disponen los artículos 5 y 6 de la Ley 610 de 2000. Por lo tanto, no queda otra alternativa que proceder a través del grado de consulta a confirmar el auto de archivo, reiterando que no se cumplen a cabalidad los elementos para imputar responsabilidad, tales como **Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.** – Negrilla y subraya nuestros.

En mérito de lo expuesto, dentro de los términos legales,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el auto 482 de noviembre 30 de 2023 emitido dentro del proceso de responsabilidad fiscal radicado **PRF 758 de 2019**, por la motivación expuesta en las consideraciones del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la funcionaria de conocimiento del Grupo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR POR ESTADO la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

GIOVANI ARIAS
Contralor General de Risaralda
Jairo Josep Zuluaga Giraldo
Jefe Oficina Participación Ciudadana y Jurídica
VoBoi Legalidad