

## DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N°030 DE 2023

### POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 026 DE 2021

Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

<b>Providencia Consultada:</b>	Auto 259 del 17 de abril de 2023, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 026 de 2023.
<b>Entidad Afectada:</b>	ESE METROSALUD- NIT. 800.058.016-1
<b>Presuntos Responsables:</b>	- FRANCISCO JAVIER LÓPEZ BERNAL C.C. 70.557.732 - CARLOS ALBERTO ROMERO BOTERO C.C. 70.084.550 - MARTHA ISABEL RESTREPO JARAMILLO C.C. 43.580.151, en su calidad de Representante Legal del SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA –SOGOS – NIT. 800.058.016-1.
<b>Garantes Vinculados:</b>	<b>SEGUROS DEL ESTADO S.A. – NIT. 860.009.578-6</b>
<b>Hecho Investigado:</b>	Se realizó un pago de actividades no pactadas en el Contrato Sindical N° 3850 de 2019, suscrito por la ESE METROSALUD – NIT. 800058016-1 con el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia – SOGOS-, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales especializados de Ginecología y Obstetricia tanto en consulta externa como en cirugía, imagenología y cirugía ambulatoria, a la población atendida en la Unidad Hospitalaria de Manrique y/o en las demás Unidades Hospitalarias de la ESE Metrosalud que requiera de estos servicios, el valor de dicho contrato fue de \$280.000.000, y el plazo de ejecución del contrato fue del 16 al 31 de diciembre de 2019, se pagaron 28 horas nocturnas por atenciones no pactadas en el contrato, equivalentes a \$2.072.700. Para el Centro de Atención Nuevo Occidente sólo se contempló el servicio en el día, situación que causó un mayor valor pagado sin que se mediara una modificación u otrosí al contrato, observándose falta de supervisión en el desarrollo de las actividades contratadas, hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal por valor de \$2.072.700.
<b>Cuantía:</b>	Dos millones setenta y dos mil setecientos pesos m.l. (\$2.072.700).
<b>Procedimiento:</b>	Ordinario
<b>Temas y subtemas:</b>	Daño patrimonial al estado y su cuantificación / Certeza sobre la existencia del daño patrimonial en el proceso de responsabilidad fiscal / 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 / Se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar o continuar el proceso de responsabilidad fiscal.
<b>Decisión:</b>	<b>CONFIRMA DECISIÓN CONSULTADA.</b> Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.

## I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor Distrital de Medellín en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 numeral 5, 272 inciso 5 de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; así como la Resolución 150 de 2021, modificada por la 482 de 2022, procede a conocer en Grado de Consulta la decisión de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado PRF 026 de 2021, adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva a través del Auto 259 del 17 de abril de 2023.

## II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

### 2.1. HECHO INVESTIGADO

La presente investigación tiene su génesis en el Memorando 1110-202100002769 del 6 de abril de 2021; misiva en la que Contralor Auxiliar de Auditoría Servicios de Salud y Empresas Sociales del Estado, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal contenido en el Informe Definitivo denominado: “Auditoría Regular ESE Metrosalud – vigencia 2019, realizada a la ESE METROSALUD – NIT. 800.058.016-1”, por presuntas irregularidades en la ejecución del Contrato Sindical N° 3850 de 2019, suscrito por la ESE METROSALUD – NIT. 800058016-1 con el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia – SOGOS<sup>1</sup>.

El hecho presuntamente constitutivo de daño fiscal, fue descrito por el Equipo Auditor en los siguientes términos:

**“Pago de actividades no pactadas en el contrato:** En el contrato sindical Nro. 3850 de 2019, suscrito con el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia – SOGOS -, cuyo objeto fue la: **“Prestación de servicios profesionales especializados de Ginecología y obstetricia tanto en consulta externa como en cirugía, imagenología y cirugía ambulatoria a la población atendida en la Unidad Hospitalaria de Manrique y/o en las demás unidades Hospitalarias de la ESE Metrosalud que requiera de estos servicios”**, por valor de \$280.000.000, con plazo de ejecución del contrato del 16 al 31 de diciembre de 2019, **se pagaron 28 horas nocturnas por atenciones no pactadas en el contrato, equivalentes a \$2.072.700**. En la cláusula decima del contrato “Disponibilidad del servicio: Los requerimientos de disponibilidad de horarios eran:

<sup>1</sup> Folios 3 a 8. Formato de traslado de hallazgos fiscales.



*Para el Centro de Atención Nuevo Occidente solo se contempló el servicio en el día, situación que causó un mayor valor pagado sin que se mediara una modificación u otrosí al contrato, observándose falta de supervisión en el desarrollo de las actividades contratadas, hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal por valor de \$2.072.700. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

## 2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En calidad de presuntos fiscalmente responsables, fueron vinculados los señores<sup>2</sup>:

- **FRANCISCO JAVIER LÓPEZ BERNAL**, identificado con cédula 70.557.732, en su calidad de Subgerente de la ESE METROSALUD para el momento de los hechos.
- **CARLOS ALBERTO ROMERO BOTERO**, identificado con cédula 70.084.550, en su calidad de Supervisor / Director de la UPSS para el momento de los hechos.
- **MARTHA ISABEL RESTREPO JARAMILLO**, identificada con cédula 43.580.151, en su calidad de Representante Legal del SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA –SOGOS – NIT. 800.058.016-1.

## 2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como Entidad afectada se identificó a la Empresa Social del Estado ESE METROSALUD, con Número de Identificación Tributaria No 800.058.016-1.

## 2.4. DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA

El daño patrimonial en esta causa fiscal se cuantificó en la suma de DOS MILLONES SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS PESOS M.L. (\$2.072.700).

## 2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

En el Auto de Apertura de este investigativo se vinculó como tercero civilmente responsable a la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., con NIT. 860.009.578-6, en virtud de los siguientes contratos:

<sup>2</sup> Folios 12 a 17. Auto 311. Auto de Apertura del PRF 026 - 2021

- Póliza N° 65-44-101179489, expedida el 16 de diciembre de 2019, con vigencia del 16 de diciembre de 2019 al 31 de diciembre de 2022, con un valor asegurado de \$70.000.000. Los riesgos amparados fueron: Cumplimiento del contrato; pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones; y calidad del servicio.
- La Póliza N° 65-40-101050333, expedida el 16 de diciembre de 2019, con vigencia del 16 de diciembre de 2019 al 29 de abril de 2020, con un valor asegurado \$56.000.000. Los riesgos amparados fueron: Labores y operaciones, contratistas y subcontratistas, vehículos propios y no propios.

## 2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

- Mediante Auto 311 del 19 de julio de 2022 se apertura el Proceso Radicado 026 de 2021 (Folios 12 a 17).
- Mediante Oficio Radicado E 202200002171 del 28 de julio de 2022, se comunicó a la Compañía Seguros del Estado S.A. su vinculación como tercero civilmente responsable dentro del Proceso Radicado 026 de 2021 (Folio 26 y 27).
- A través del Auto 259 del 17 de abril de 2023, se ordenó el archivo por ausencia de certeza del daño patrimonial (Folios 128 a 138).
- Por medio del Memorando 1200 – 202300003580 del 25 de abril de 2023, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva remite el expediente al Despacho del Contralor Distrital de Medellín, para que se surta el Grado de Consulta, el cual se recibe el mismo día señalado según constancia secretarial (Folios 141 a 142).

## III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, corresponde al **Auto 259 del 17 de abril de 2023** (folios 128 a 138), por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva **ORDENÓ EL ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal 026 de 2021, motivada en una ausencia de certeza del detrimento patrimonial.



Para arribar a tal decisión, el Operador Jurídico de la Primera Instancia inició por efectuar un breve repaso sobre los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal e hizo especial énfasis en el elemento daño patrimonial, para luego centrar el problema jurídico en establecer: “(...) si en el Centro de Atención Nuevo Occidente se laboró y pagaron 28 horas nocturnas dentro del contrato sindical 3850 de 2019 celebrado entre la ESE METROSALUD y EL SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA –SOGOS- contrato que tuvo su vigencia entre el 16 al 31 de diciembre de 2021.”

Seguidamente procedió a una valoración de las versiones libres rendidas por los procesados y el acervo probatorio por estos aportados y el obrante en el plenario, concluyendo: Que en la Unidad Hospitalaria de Nuevo Occidente no se prestaron en horario nocturno los servicios profesionales médicos especializados, con ocasión del Contrato Sindical N° 3850 de 2019, como lo entendió el equipo auditor al evaluar la ejecución del contrato.

A ese respecto, explicó que se presentó un error de interpretación frente al cuadro de turnos<sup>3</sup>, denominado erróneamente, por SOGOS<sup>4</sup>, como: “HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS, DICIEMBRE NUEVO OCCIDENTE”, pues este debió ser denominado cuadro de turnos sabatinos, dominicales y festivos.

Situación que fue aclarada por los versionado, quienes explicaron que en el Centro de Atención Nuevo Occidente nunca se laboró en horario nocturno, pero que en el supuesto que se hubiese laborado esas 28 horas en la noche, el valor a pagar sería el mismo valor del daño investigado, es decir, la suma de dos millones setenta y dos mil setecientos pesos (\$2.072.700); habida cuenta que el valor de la hora de la prestación del servicio ascendía a \$74.025 para cualquier horario y día de la semana. En cuanto a esto último, advirtió que la Auditoría en ningún momento cuestionó que el servicio no se hubiese prestado, sino que este se haya realizado en horas de la noche, sin tener en cuenta la cláusula novena del contrato<sup>5</sup>.

En síntesis, en criterio del funcionario de la Primera Instancia, no concurre la característica de certeza en el daño patrimonial para continuar la marcha del proceso de responsabilidad fiscal, encontrando procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, dictar auto de archivo y como consecuencia de ello, la desvinculación de la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable.

<sup>3</sup> Documento visible a folios 111.

<sup>4</sup> Sigla de la persona jurídica: SINDICATO NACIONAL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA.

<sup>5</sup> “NOVENA. TARIFAS: En la unidad hospitalaria de Manrique...para todas las actividades, que se realicen por fuera de la Unidad Hospitalaria de Manrique, serán facturadas a un valor hora de (\$74.025) SETENTA Y CUATRO MIL VEINTICINCO PESOS ML. Para 2019 y estos servicios se deben facturar en forma separada”.

## IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 4.1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República, y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de *“Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”*. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021, modificada por 482 de 2022, expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín.

En este orden de ideas, el Contralor Distrital de Medellín, goza de competencia para revisar en Grado de Consulta la decisión del *a quo* y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

### 4.2. 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 el 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.”<sup>6</sup>*

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 la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97, cuando disciplinó:

*“Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie “sin limitación” alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. **El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado...**”*

(Resaltado fuera de texto).

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.

<sup>6</sup> Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

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 1º 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<sup>7</sup> y la Ley<sup>8</sup>.

Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son: 1.- La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; 2.- Un daño patrimonial al Estado; 3.- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

#### 4.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente la providencia que ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal objeto de consulta, en razón a que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial, pues el mismo no se materializó o no goza de la característica de certeza, como problema jurídico corresponde a esta Dependencia determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario admiten acreditar la causal advertida por el inferior jerárquico y vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000<sup>9</sup>, y que con ello se permita proferir auto de archivo y por ende confirmar el auto consultado, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

<sup>7</sup> Sentencia SU 620 de 1996

<sup>8</sup> Ley 610 de 2000

<sup>9</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 47. Auto de Archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

Para resolver este problema jurídico, el Despacho dentro de las consideraciones y el análisis del caso concreto abordará conjuntamente en este orden los siguientes tópicos: **4.4.1.)** El daño patrimonial al estado y su cuantificación; **4.4.2.)** La certeza sobre la existencia del daño patrimonial; y **4.4.3.)** El caso concreto / Análisis probatorio.

#### **4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO – ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

##### **4.4.1. El daño patrimonial y su cuantificación**

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 abordado, con el objeto de determinar conceptualmente su definición, tipologías, cuantificación y consecuencias.

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo, 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.”<sup>10</sup>*

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.”<sup>11</sup>

Por su parte, el doctor Juan Carlos Henao lo identifica como “...la aminoración patrimonial de la víctima”<sup>12</sup>.

Finalmente, el doctrinante Rodrigo 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.”<sup>13</sup>

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.

---

<sup>10</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Volumen II. Bogotá. Legis. 2013. pág. 326.

<sup>11</sup> DE CUPIS A. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. pág. 81.

<sup>12</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. pág. 84.

<sup>13</sup> ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Bogotá. Ed. Temis. 1989 pág.165.

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

Es así como el detrimento, en materia fiscal, no solo que requiere predicar su existencia sino que su producción debe ser consecuencia de la acción u omisión de un sujeto cualificado, es decir, éste 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 con ésta”*.

También, 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 sujeta a derechos y obligaciones.

En suma, podemos decir que el daño en los PRF, está referido al menoscabo, detrimento o perjuicio que sufre el patrimonio del Estado por causa de la acción u omisión de un gestor fiscal, o de la persona que determine dicho detrimento.

El daño tiene como características, la de ser cierto, esto es, que sea objetivamente verificable<sup>14</sup>, en relación inversamente proporcional con el denominado daño eventual, el cual no es indemnizable<sup>15</sup>; 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 Contraloría General de la República en Concepto 0070A del 15 de enero de 2001, señaló sobre el daño:

**“De los tres elementos anteriores, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Con esta lógica, el artículo 40 de la ley 610 dispone que el proceso**

<sup>14</sup> El 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. Volumen II. Bogotá. Legis. 2013. pág. 339.

<sup>15</sup> 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.” HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. pág. 139.



**de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal...**” (Subrayado fuera de texto).

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

*“Así mismo vemos que, la existencia del daño es condición de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, tal como consta en los artículos 40 y 41 de la Ley 610 de 2000 transcritos, de lo contrario, procederá el adelantamiento de una indagación preliminar por el término de seis (6) meses”.*

Siendo también importante mencionar del concepto al que hacemos referencia que: “De otra parte, vale la pena citar la Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, Expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, en la cual la Honorable Corte Constitucional, precisó:

*“Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de 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”. (Subrayado fuera de texto)*

En el mismo concepto se manifestó:

*“En este orden jurídico, el daño siempre estará representado en el menoscabo del patrimonio público cualquiera que fuere su connotación y para efectos de la imputación de la responsabilidad fiscal, el mismo debe darse en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta. 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 permite 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”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, puede señalarse que, aunque el daño en material fiscal sigue en principio los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales establecidos para el daño en general, tiene unos elementos exclusivos que lo separan de éste y lo diferencia de

otras clases de daño. Es además la nota primaria y fundamental para establecer la existencia o inexistencia de la Responsabilidad Fiscal, ya que, sin la producción del mismo, no tiene razón de ser la Acción Fiscal, en tanto que esta es resarcitoria al perseguir la compensación del daño causado al Estado por parte del gestor fiscal.

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 inopportuna, 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 ocaisionarse 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 inexequibles 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 acudirse 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.”*

#### 4.4.2. La certeza sobre la existencia del daño patrimonial

La certeza en el daño es, entonces, uno de los elementos cardinales para que se pueda predicar la responsabilidad de un sujeto de control determinado, así lo ha enseñado de manera pacífica la jurisprudencia contenciosa administrativa, al indicar<sup>16</sup>:

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-0006401

*“cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000” por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en la que se determina que 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 concurran estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. 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 presenta, 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 solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado” (Resaltado fuera de texto).*

En igual sentido se indicó<sup>17</sup>:

“(...)

*(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.*

*La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable que se tenga 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” (Lo resaltado es nuestro).*

En el Concepto EE 9273 del 14 de febrero de 2006 la Oficina Jurídica de la Contraloría se refirió a la certeza del daño al patrimonio del Estado en los siguientes términos:

*“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 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*

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

**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)

Es síntesis, 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<sup>18</sup>.

#### 4.4.3. El caso concreto / Análisis probatorio

Definido en abstracto el daño, debe pasar esta instancia a establecer si el mismo se encuentra o no estructurado en el presente asunto.

En el caso que nos ocupa, se cuenta con los argumentos defensivos expuestos por los implicados como presuntos fiscalmente responsables:

- El señor **CARLOS ALBERTO ROMERO BOTERO**, esbozó que al momento de realizar la auditoria, él ya estaba jubilado y por ende no se encontraba en la entidad para haber aclarado al equipo auditor, el error de interpretación que tuvieron en la auditoria, frente al ítem denominado: "Horas nocturnas, dominicales y festivas".

Adicionalmente, indicó que en la Unidad Hospitalaria de Nuevo Occidente nunca se prestó el servicio en horas de la noche, que las horas laboradas en el ítem "Horas Nocturnas, Dominicales y Festivas" fueron laboradas los días domingos y el día festivo, correspondiente al 25 de diciembre 2019, día en el cual se laboran 3 horas.

Además, agregó que lo anterior se puede validar con las historias clínicas de los pacientes atendidos por los ginecólogos, situación está, que se puede corroborar en archivo Excel aportado por él en una memoria USB<sup>19</sup>. Complementa su dicho, expresando que el valor a facturar por hora laborada fue de \$74.025, sin importar

<sup>18</sup> Véase: Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01; Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01; y Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

<sup>19</sup> Folios 113. En el cuadro de Excel se encuentran discriminadas en un archivo denominado "Copia de Nuevo Occidente Diciembre 2019" todas las actividades realizadas en el mes de diciembre de 2019, relacionadas por fecha de atención, nombre del médico que realizó la actividad, nombre y cedula de la paciente, así como la descripción del procedimiento que se le realizó.

el día que se laborara, es decir, el valor no variaba si el servicio se prestaba los días domingos y festivos<sup>20</sup>.

- Por su parte, la doctora **MARTHA ISABEL RESTREPO JARAMILLO**, manifestó, al igual que el doctor **ROMERO BOTERO**, que el equipo auditor se equivocó al momento de levantar el hallazgo, debido a un error de interpretación, dado que ellos facturan en un formato donde habla de horas festivas, dominicales y nocturnas. Que si bien es cierto no se hacen noches, si se prestan los servicios los días sábados, domingos y festivos; lo cual no genera un detrimento patrimonial para Metrosalud, debido a que el valor por la hora de servicio, es el mismo para todas las actividades sin tener en cuenta si es una actividad realizada de día, de noche, festiva o dominical, dice que existe un error de interpretación en la factura y su respectivo soporte que es el cuadro de turnos.

Advierte finalmente además que el error de interpretación se da por una mala apreciación de las facturas y su respectivo soporte que es el cuadro de turnos donde se puede evidenciar que el servicio se prestó todos los domingos del mes de diciembre de 2019 y el día miércoles 25 de diciembre que fue un día festivo<sup>21</sup>

- El señor **FRANCISCO JAVIER LÓPEZ BERNAL**, informó que se inquietó con el hallazgo de la auditoria, encontrando un cuadro de turnos que es el soporte del cobro de actividades, y explicó que dicho hallazgo se debió a un error de interpretación del cuadro de turnos, en donde en el título colocaron horas nocturnas, dominicales y festivas y efectivamente nunca se prestaron horas nocturnas. Anexa en forma impresa copia del Contrato 3850 de 2019, en su cláusula decimocuarta, cuadro de turnos especialistas SOGOS de diciembre de 2019, Manual de funciones y competencias de la ESE METROSALUD y Organigrama de la misma entidad<sup>22</sup>.

Los versionistas son unísonos en indicar que el hallazgo con incidencia fiscal objeto de investigación, se generó a raíz de una equivocada interpretación del equipo auditor, afirmación respaldada en el cuadro de turnos del mes de diciembre de 2019, titulado como: **“HORAS DIURNAS, DICIEMBRE NUEVO OCCIDENTE” y “HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS, DICIEMBRE NUEVO OCCIDENTE”<sup>23</sup>**, cuestión que será objeto de valoración ulteriormente.

<sup>20</sup> Folios 113 del expediente se encuentra CD que contiene la versión libre.

<sup>21</sup> Folio 119 del expediente se encuentra CD que contiene la versión libre.

<sup>22</sup> Folios 127 del expediente se encuentra CD que contiene la versión libre.

<sup>23</sup> Folios 113. En el cuadro de Excel se encuentran discriminadas en un archivo denominado “Copia de Nuevo Occidente Diciembre 2019” todas las actividades realizadas en el mes de diciembre de 2019, relacionadas por fecha de atención, nombre del médico que realizó la actividad, nombre y cedula de la paciente, así como la descripción del procedimiento que se le realizó.

Por ahora, veamos las condiciones en que se ejecutó el Contrato Sindical No 3850 de 2019, suscrito entre la E.S.E. METROSALUD y el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia –SOGOS–, el 19 de diciembre de 2019, cuyo objeto fue la: “*Prestación de servicios profesionales especializados de ginecología y obstetricia tanto en consulta externa como en cirugía, imagenología y cirugía ambulatoria a la población atendida en la Unidad Hospitalaria de Manrique y/o en la demás unidades hospitalarias de la ESE Metrosalud que requiera de estos servicios*”.

- En el Contrato No 3850 de 2019, objeto de investigación se acordó en la cláusula décima

**NOVENA. TARIFAS:** En la Unidad hospitalaria de Manrique Para el cubrimiento de los servicios hospitalarios, de admisiones, urgencias y de cirugía urgente Metrosalud reconocerá un valor por hora de SETENTA Y CUATRO MIL VEINTICINCO PESOS ML. (\$74.025) para el año 2019; tanto en los turnos diurnos, nocturnos y festivos.

- En el mismo acuerdo de voluntades se dispuso en la cláusula décima:

**DECIMA:**

**DISPONIBILIDAD DEL SERVICIO:** Los requerimientos de disponibilidad de horarios son:

SERVICIO	DIAS/ SEMANA	HORARIO	TOTAL HORAS DÍA
<b>UNIDAD HOSPITALARIA DE MANRIQUE</b>			
Admisiones urgencias día	Siete (7)	7:00 a.m. – 7:00 p.m.	12
Admisiones urgencias noche	Siete (7)	7:00 p.m. – 7:00 a.m.	12
Cirugía obstétrica día	Siete (7)	7:00 a.m. – 7:00 p.m.	12
Cirugía obstétrica noche	Siete (7)	7:00 p.m. – 7:00 a.m.	12
Ronda hospitalaria	Siete (7)	7:00 a.m. – 1:00 p.m.	6
Consulta Externa. Dos especialistas de lunes a sábado	Seis (6)	7:00 a.m. – 12:00 m 1:00 p.m. – 7:00 p.m.	22
Ecografía Gineco-obstétrica. De lunes a viernes Los sábados de acuerdo a la demanda	Seis (6)	7:00 a.m. 5:00 pm	10

En cuanto al servicio en la unidad Hospitalaria de Nuevo Occidente, se convino:

<b>UNIDAD HOSPITALARIA DE NUEVO OCCIDENTE</b>			
Cirugía Ginecología Electiva y Urgente	Seis (6)	7:00 a.m. – 7:00 p.m.	12
Admisiones, urgencias día, ronda Hospitalización, ecografías ginecológicas y consulta médica especializada	Siete (7)	De lunes a viernes de 7 am a 5 pm y sábados, domingos y festivos de 7am a 12 m	10

Con respecto a las horas de controversia por el detrimento patrimonial ocasionado a la ESE METROSALUD, se tiene que obra en el expediente la siguiente prueba

documental en relación con las veintiocho (28) horas que indica el equipo auditor se pagaron en horario nocturno en contravención a lo estipulado en las cláusulas negociales:

- El equipo auditor en su traslado de hallazgo fiscal arrimó copia del Informe de Supervisión del Contrato No 3850 de 2019, y allí reposa los registros de las horas trabajadas en el mes de diciembre de 2019 y facturadas por el contratista en dos formatos diligenciados. Un primer formato, se denomina "HORAS DIURNAS – DICIEMBRE – NUEVO OCCIDENTE"; y el segundo formato, se llama "HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS – DICIEMBRE – NUEVO OCCIDENTE", obsérvese:

**Registro 1**

ASOCIADO	HORAS DIURNAS																																
	DICIEMBRE																																
	NUEVO OCCIDENTE																																
ASOCIADO	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	TOTAL	
LAURA ENCISO	10							10								10																	30
ALBA OSORIO	10							9								6																	25
ANA CRISTINA JARAMILLO																5																	5
ROSA GARZON	10	10							10							10	10	10														80	
RAFAEL AREVALO									10																								10
EUCLID CUARTAS		10														3																	10
LAURA ZAPATA	10	10															10	10														4	54
ESTEFANIA AROQUEZ						10			10							10																30	
LUIS CARLOS MURILLO										10						10	9	10													10	49	
LUISA MUÑOZ																																	5
SERGIO BEDOYA						5				10																							15
MARIA ALEXANDRA			10			10				10																						35	
ALEXANDRA VELEZ						10			10							10																30	
DAVID HENAO																																	25
<b>TOTAL</b>	20	20	20	20	20	5	20	25	20	20	20	5	20	25	20	20	20	5	10	5	20	20	5	10	4	423							

**Registro 2**

ASOCIADO	HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS																																	
	DICIEMBRE																																	
	NUEVO OCCIDENTE																																	
ASOCIADO	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	TOTAL		
ROSA GARZON																5																	5	
LAURA ZAPATA																																	5	
LUIS CARLOS MURILLO																																3	3	
LUISA MUÑOZ																																	5	
SERGIO BEDOYA							5																										5	
DAVID HENAO	5																																	5
<b>HORA TOTAL</b>	5						5									5																	28	

De la valoración del contrato y los documentos reseñados de su ejecución resulta claro que el Contrato Sindical No 3850 de 2019, suscrito entre la E.S.E. METROSALUD y el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia –SOGOS–, el 19 de diciembre de

2019, cuyo objeto fue la: “*Prestación de servicios profesionales especializados de ginecología y obstetricia tanto en consulta externa como en cirugía, imagenología y cirugía ambulatoria a la población atendida en la Unidad Hospitalaria de Manrique y/o en la demás unidades hospitalarias de la ESE Metrosalud que requiera de estos servicios*” se definió que los servicios contratados se prestarían de lunes a viernes en el horario de 7:00 a.m. – 7:00 p.m. y los sábados, domingos y festivos, en el horario de 7:00 a.m. a 12:00 m.

También resulta relevante destacar que la prueba documental reseñada se colige que la remuneración por hora de servicio prestada sería de setenta y cuatro mil veinticinco pesos (\$74.025), sin consideración a que el servicio se prestara en turnos diurnos, **nocturnos** y festivos. Asimismo, del contrato celebrado se infiere que incluso se dejó una zona penumbra en la cláusula novena del contrato cuando se indicó que las horas tendrán un mismo costo independientemente de que sean turnos diurnos, **nocturnos** y festivos, es decir, pareciera que se abrió la posibilidad que incluso hubiera una prestación del servicio en un horario nocturno.

Pasando revisar en conjunto el acervo probatorio a partir de las reglas de sana crítica<sup>24</sup> infiere razonablemente para este Despacho, en Grado de Consulta, que el daño investigado no existió o el mismo carece de certeza por las razones que se pasan a exponer:

Los presuntos responsables indican en sus versiones de manera coincidente que el equipo auditor incurrió en una error de apreciación por cuanto en el cuadro de turnos denominado “**HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS, DICIEMBRE NUEVO OCCIDENTE**” presentado como soporte de las horas laboradas se tomó esas horas laboradas los días domingos y festivos, bajo el supuesto que éstas habían sido horas nocturnas; cuando la realidad fue otra situación distinta, por cuanto los días informados como laborados correspondieron a domingos y un festivo.

Para esta instancia de Grado de Consulta las afirmaciones efectuadas por los presuntos resultan plausibles en tanto las mismas convergen con los registros de horas laboradas. Contrástese que efectivamente en el Registro 1, aparecen las trabajadas durante los días de lunes a sábados durante el mes de diciembre 2019, pero en el Registro 2, las 28 horas laboradas en diciembre de 2019 coinciden con los días domingos y festivo de diciembre de 2019, así:

<sup>24</sup> Ley 610 de 2000. “ARTÍCULO 26. APRECIACIÓN INTEGRAL DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.”



Registro 2																																
HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS DICIEMBRE SOGOS																																
ASOCIADO	NUEVO OCCIDENTE																													TOTAL		
	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	J	V	S	D	L	M		
ROSA GARCIA	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	
LAURAZAPATA																5																5
LUIS CARLOS MURILLO																																3
LUISA MUÑOZ																																5
SERGIO BEDOYA								5																								5
DAVID HENAO		5																														5
HORA TOTAL		5						5								5																28

Ahora, lo que podría pensarse es que el formato utilizado para registrar la horas trabajadas, se prestaba para diferentes interpretaciones en la medida que se denominó “HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS – DICIEMBRE – NUEVO OCCIDENTE”. Y, a partir de esa denominación, un lector desprevenido habría podido considerar que las horas allí consignadas podrían ser nocturnas –como lo creyó el equipo auditor–, pero otro podía estimar que se trata de horas dominicales y festivas.

Así las cosas, para esta Superioridad el razonamiento más sensato es que se trató de horas trabajadas en días dominicales y festivos –días 1, 8, 15, 22, 25 y 29 de diciembre de 2019–, que igualmente estaban previstos contractualmente para prestar el servicio médico, pues las fechas coinciden con tales días en el calendario de diciembre de 2019, véase:

Diciembre 2019						
Domingo	Lunes	Martes	Miércoles	Viernes	Sábado	Domingo
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

En este orden de ideas, nada indica que las 28 horas cuestionadas correspondan a horas nocturnas como lo consideró el equipo auditor y por consiguiente se desprende que efectivamente se presentó un error en la interpretación del soporte –Registro 2. “HORAS NOCTURNAS, DOMINICALES Y FESTIVAS – DICIEMBRE – NUEVO OCCIDENTE” –.

Llegado hasta aquí, este Despacho encuentra sustentado con los documentos allegados –que guardan coherencia con las explicaciones rendidas por los versionistas–, que en el CENTRO DE ATENCIÓN NUEVO OCCIDENTE, con ocasión de la ejecución del Contrato Sindical No 3850 de 2019, suscrito entre la E.S.E

METROSALUD y el Sindicato Nacional de Ginecología y Obstetricia –SOGOS– no se laboraron horas nocturnas o que alguno de los servicios o procedimientos se hubiesen efectuado en horas de la noche. Cuestión que tampoco era claro que no se pudiese laborar en un horario nocturno por cuanto en el contrató también se hizo referencia a una tarifa para la prestación del servicio en horario nocturno.

Con base en el análisis expuesto, el daño patrimonial al estado no se encuentra objetivamente demostrado, incluso considera el Despacho que se encuentra plenamente desvirtuado como de manera atinada lo explicó el Operador Jurídico de la Primera Instancia, concluyendo que en el presente caso no existe certeza del daño patrimonial al Estado, procediendo a proferir auto de archivo. De manera, que ante la ausencia del daño patrimonial del Estado, pues en la actualidad **no existe certeza del mismo, pues no se evidencia su materialización**, necesariamente la suerte del proceso deberá ser su archivo, como así se dispuso en el proveído sometido a revisión. En primer lugar, por disposición del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que ordena:

**“Artículo 47. Auto de archivo.** Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de **detrimento patrimonial** o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma” (Resaltado fuera de texto)

Según el precepto anterior, habrá lugar, (*mandato legal*) a proferir Auto de Archivo cuando se acredite alguna de las causales señaladas en la anterior disposición, dentro de las cuales destacamos la inexistencia del daño patrimonial.

De otra parte, el artículo 48 de la misma Ley expresa que el funcionario competente proferirá Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal cuando: 1) Esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados; 2) Estén acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal<sup>25</sup> y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000 permite concluir, que si una vez adelantada la labor investigativa por el Ente de Control Fiscal, se constata que no existen los medios probatorios que acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso

<sup>25</sup> (i) La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) Un daño patrimonial al Estado; y (iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

(obligatoriamente) a favor de los investigados. Es así que al no evidenciarse un daño patrimonial, actual y cierto como elemento *sine qua non* para avanzar en la imputación como lo dispone el artículo 48 de Ley 610 de 2000, necesariamente se impone el archivo del proceso por esta segunda razón.

Bajo estas consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la Primera Instancia para terminar las presentes diligencias, no queda alternativa diferente que proceder a **CONFIRMAR EN TODAS SUS PARTES** el **Auto 259 del 17 de abril de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del **Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 026 de 2021**.

Finalmente, se advierte, que si después de proferido el Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto se

### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante Auto 259 del 17 de abril de 2023, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 026 de 2021, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR POR ESTADO** la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR** que si posterior a la firmeza del auto objeto de consulta en el presente acto administrativo, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, se procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

**ARTÍCULO CUARTO:** Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

**NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE**

*Q27-105*  
**PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ**  
Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica *Martín Alonso García Agudelo*  
Proyectó: Jorge Ospina – Profesional Universitario II *Jorge Ospina*