COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiséis (2026)

Consejero Ponente: GERMÁN EDUARDO OSORIO CIFUENTES

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación núm.: 25000-23-41-000-2019-00645-01
Demandante: LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIÉRREZ[1]
Demandada: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 21 de septiembre de 2023, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda[2]

I.1.1. Las pretensiones

1. El señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011[3], presentó demanda en la que formuló las siguientes pretensiones:

> *"[…]* ***DECLARATIVAS.***
>
> *3.1. Que se* ***DECLARE*** *la nulidad de los actos administrativos complejos integrados por el Fallo con Responsabilidad Fiscal N° 1463 del 01 de noviembre de 2018, el Auto N° 1765 del 21 de diciembre de 2018 y el Auto número ORD-80112-0034/2019 del 01 de febrero de 2019.*
>
> ***CONDENATORIAS.***
>
> *3.2. Que como consecuencia de las anteriores determinaciones y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Contraloría General de la República, el pago de daño moral en favor de mi cliente, por un valor de* ***CIENTO VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS PESOS ($124.217.400.00)*** *por los daños causados al doctor LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIÉRREZ, solicitando respetuosamente al despacho:*
>
> ***a.*** *Que la condena respectiva sea indexada, y que se reconozcan los intereses legales tomando como base para la liquidación la variación del índice de precios al consumidor desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, de conformidad al*

[1] Sucesores procesales: Rafael Hernando Ballesteros Monsalve, Rosa Andrea Ballesteros Monsalve y Luis Miguel Ballesteros Monsalve.
[2] Cfr. Folios 1 a 36 del cuaderno 1 del expediente físico.
[3] *"[…] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. […]".*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

Artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo[4]*.*

b. *Que de no efectuar el pago en forma oportuna, la Contraloría General de la Republica deberá liquidar los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

3.3. *Que la Contraloría General de la República, de cumplimiento a la sentencia que ponga fin a este proceso, dentro de los términos establecidos en la ley. (C.P.A.C.A., art. 192) de igual forma, que la Contraloría General de la República, ordene compulsar copias de esta decisión a la oficina del boletín de responsables fiscales, con el objeto de excluir del mencionado boletín al doctor LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIÉRREZ.*

3.4. *Que se ordene a la Contraloría General de la Republica el levantamiento de las medidas cautelares sobre los bienes de mi poderdante […]"* (negrilla fuera del texto).

I.1.2. Los hechos

2. Señaló que la Contraloría General de la República realizó un hallazgo fiscal en el año 2012, en virtud del contrato de compraventa núm. 050 de 29 de agosto de 2011 suscrito entre la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca -cuyo representante legal para esa fecha era el demandante- y el establecimiento comercial Ingeniería Biomédica, cuyo objeto era la adquisición de medicamentos.

3. Agregó que la contraloría abrió el proceso de responsabilidad fiscal núm. 009 de 2014 a través del auto núm. 000890 de 25 de marzo de 2014 y que por medio del auto núm. 0282 de 8 de marzo de 2018 se profirieron los cargos en contra del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez, entre otros.

4. Expuso que la Contraloría Delegada Intersectorial núm. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción profirió fallo con responsabilidad fiscal núm. 1463 de 1 de noviembre de 2018. Contra dicho fallo interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

5. Manifestó que el Contralor General de la República profirió el auto núm. ORD-80112-0034/2019 el 1 de febrero de 2019 en el que resolvió la apelación y surtió el grado de consulta en el sentido de confirmar la condena.

---

[4] *"[...] ARTÍCULO 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:*
1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.
2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.
3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.
4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial […]".

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

I.1.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

6. El demandante afirmó que los actos administrativos acusados se encuentran falsamente motivados e infringieron los artículos 29 y 333 de la Constitución Política; 1, 4, 53 y 54 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000[5]; 63 y 1849 de la Ley 84 de 26 de mayo de 1873[6]; y 117 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011[7], así como el principio de confianza legítima, por las siguientes razones:

i) Falsa motivación por inexistencia de detrimento patrimonial

7. Aseguró que en el proceso de responsabilidad fiscal se violaron los derechos de defensa y debido proceso porque el fallo de primera instancia fue *"[…] copia y pega […]"* de la imputación, sumado a que no se practicó ninguna prueba y se negaron todas las solicitadas. Por lo tanto, del material probatorio recaudado no se observaba ninguna prueba contundente, pertinente o útil para acreditar el detrimento patrimonial.

8. Indicó que la contraloría basó el detrimento patrimonial únicamente en el informe de auditoría, el cual no podía ser tomado como plena prueba dado que no fue controvertido.

9. Alegó que el informe técnico de acuerdo con la Ley 1564 de 12 de julio de 2012[8], era una prueba que debía ponerse a disposición conforme lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011. Sustentó su posición en un auto proferido por la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

10. Expuso que la falta de traslado del informe técnico derivaba en un vicio de nulidad que afectaba el debido proceso y el derecho de defensa. Dicho informe tenía serias inconsistencias por falta de rigurosidad técnica, puesto que no se acreditó una contratación por debajo de los precios registrados en el histórico del hospital, ni que esa circunstancia implicara la pérdida de los estándares de calidad de los medicamentos.

11. Adujo que el contrato de compraventa tenía un margen de utilidad bajo un contrato interadministrativo, razón por la que no podía afirmarse que existió detrimento patrimonial, *"[…] hecho ante el cual debe limitar su análisis de responsabilidad en cuanto no es autoridad disciplinaria […]*".

12. Agregó que la contraloría desconoció la libre competencia económica establecida en el artículo 333 de la Constitución Política.

13. Frente a la transgresión de los artículos 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, sostuvo que el órgano de control se limitó a transcribir el concepto de sobrecostos y a apoyarse en un estudio de mercado, sin que en el acervo probatorio obrara prueba conducente, pertinente o útil que demostrara un detrimento patrimonial.

---

[5] *"[…] Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías […]".*
[6] *"[…] CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA […]".*
[7] *"[…] Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública […]".*
[8] *"[…] Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones […]".*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

14. Explicó que las cotizaciones no bastaban para acreditar un sobrecosto, dado que un mismo producto puede venderse a precios distintos, por lo que la responsabilidad fiscal debía sustentarse en la existencia de un perjuicio al Estado, conforme al concepto núm. 80112-04333 de 14 de febrero de 2001 de la Contraloría General de la República.

15. Insistió que el contrato de compraventa se dio en ejecución del contrato interadministrativo núm. 005 de 2011 suscrito entre el E.S.E Hospital San Vicente de Arauca y la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

16. Aseguró que los precios se adecuaban al histórico del hospital y a lo pactado en el contrato interadministrativo.

17. Manifestó que los recursos asociados al presunto detrimento patrimonial provenían de regalías, razón por la que el proyecto fue previamente viabilizado, registrado en el banco de proyectos y contó con la aprobación del respectivo plan de inversión. Por lo tanto, dada la naturaleza de dichos recursos, el proyecto estuvo sometido a vigilancia y seguimiento por parte del Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con el Decreto 450 de 1996.

18. Indicó que la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca realizó un estudio de mercado en el que comparó los precios de medicamentos con el histórico de la entidad. Además, se consultó la "revista fármacos", tomada como base para crear una guía de referencia de precios vigentes al momento de celebrar el contrato de compraventa.

19. Puso de presente que el contrato de compraventa núm. 050 de 2011 contó con interventoría y una certificación de cumplimiento que respaldaba que los desembolsos se ajustaban a la oferta económica.

20. Precisó que la Contraloría comparó dispositivos médicos y quirúrgicos, pese a que el contrato tenía por objeto la adquisición de medicamentos, por lo que no existía certeza de que las cotizaciones provinieran de empresas farmacéuticas ni de que correspondieran a los mismos productos adquiridos por el hospital.

21. Concluyó que no podía existir detrimento patrimonial como unidad de caja *"[…] cuando los medicamentos se vendieron al valor del precio de venta […]*".

ii) Falsa motivación por inexistencia de culpa grave

22. Argumentó que la Contraloría desconoció los requisitos previstos en la Ley 610 de 2000 porque no se probó una conducta reprochable ni culpa grave en su actuación.

23. Mencionó que el fallo demandado le atribuyó una responsabilidad objetiva, sin acreditar su actuar gravemente culposo, pese a que esta modalidad de responsabilidad está proscrita en materia fiscal, tal y como lo reconoce el concepto con radicación núm. 11001-03-000-2007-00077-00-1852 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

24. Argumentó que se desconoció el manual de funciones de la entidad, según el cual la recomendación de la modalidad de contratación correspondía al Comité de Compras y Adquisiciones, los estudios de mercado al asesor jurídico y los estudios previos a la oficina de planeación.

25. Anotó que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que la responsabilidad de los funcionarios debe delimitarse conforme al manual de funciones y al alcance de las competencias delegadas, sin que pueda imponerse un régimen de responsabilidad objetiva.

26. Explicó que la Corte Constitucional en sentencia C-337 de 1993 precisó que ningún funcionario estaba obligado a lo imposible.

27. Afirmó que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez actuó en debida forma y con buena fe exenta de culpa, en virtud del principio de la desconcentración administrativa de funciones, en atención a que el Comité de Compras y Evaluación conformado por un equipo interdisciplinario se encargaba de estudiar la viabilidad de determinadas decisiones como la de celebrar el citado contrato de compraventa.

28. Precisó que la contraloría omitió graduar la culpa como grave, presupuesto mínimo exigido para el juicio fiscal, conforme lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 84 de 1873 y los artículos 1 y 4 de la Ley 610 de 2000.

iii) Ausencia de nexo causal

29. Expuso que tampoco se acreditó el nexo causal, el cual constituye un elemento autónomo de la responsabilidad fiscal y cuya prueba le correspondía a la autoridad fiscal. El Consejo de Estado en las sentencias de 6 de septiembre de 2001[9] y de 22 de noviembre de 2001[10] destacó que el nexo causal constituye un elemento independiente de la responsabilidad y, por tanto, debe ser acreditado de manera expresa dentro del proceso, sin que sea posible presumir su existencia.

I.2. La contestación de la demanda[11]

30. La Contraloría General de la República se opuso a las pretensiones de la demanda.

31. Indicó que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 el elemento central de la responsabilidad fiscal era el daño patrimonial al Estado, el cual podía tener múltiples fuentes.

32. Adujo que los sobrecostos en materia de responsabilidad fiscal se configuran cuando *"[…] se presenta incongruencia en los costos de los bienes o servicios adquiridos en relación con la realidad del mercado, quiere decir esto, que se deja de lado la realidad del tráfico mercantil oferta - demanda, para dar lugar a la fijación*

[9] Radicado núm. 66001-23-31-000-1996-3160-01
[10] Radicado núm. 73001-23-31-000-1993-0085-01.
[11] Cfr. Folios 63 a 70 del cuaderno 1 del expediente físico.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

de los precios por fuera de los términos fijados por la ley sin justificación alguna[12] *[…]*".

33. Planteó que el detrimento patrimonial se acreditó a partir de un estudio de mercado elaborado en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar, con cotizaciones a precios de 2011 y puestas en la ciudad de Arauca, del que se derivó la existencia de sobrecostos en el Contrato de Compraventa núm. 050 de 29 de agosto de 2011, por lo que no era cierto que la decisión careciera de soporte probatorio.

34. Manifestó que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez, en su condición de director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, no obró con el debido cuidado al no soportar seriamente un estudio de las condiciones del mercado antes de contratar.

35. Precisó que la celebración, ejecución y pago total del valor del contrato núm. 050 de 2011 generó una lesión al patrimonio público del departamento de Arauca como consecuencia del mayor valor pactado y pagado en la suma que arrojó el análisis efectuado.

36. Señaló que el demandante pudo controvertir el informe de auditoría, pero no presentó respuesta a las observaciones comunicadas por la contraloría el 12 de marzo de 2013.

37. Afirmó que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez participó, en el ejercicio de sus funciones y en contexto de sus deberes, como ordenador del gasto y representante legal de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, en las diferentes etapas de la celebración del contrato de compraventa núm. 050 de 2011 hasta el día 12 de diciembre de 2011, cuando salió del cargo de director de la entidad al ser suspendido por la Procuraduría General de la Nación.

38. Agregó que la calidad de gestor fiscal del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez estaba acreditada, en tanto que no solo recomendó la oferta más favorable, sino que tuvo una participación en la fase previa a la celebración del contrato, firmó los términos de referencia, el aviso de cartelera y suscribió el contrato de compraventa núm. 050 de 2011.

39. Argumentó que la conducta del demandante fue gravemente culposa, si se tiene en cuenta que el estudio de mercado no era pertinente y no tuvo en cuenta las condiciones de oferta y demanda de la época de los hechos que permitieran realizar una adecuada evaluación de las propuestas que se recibieron.

40. Adicionó que el argumento de la desconcentración de funciones no estaba llamado a prosperar, dado que esta no implica la pérdida de la función del delegante. Además, el accionante no realizó ningún tipo de delegación frente al contrato.

---

[12] *En este sentido ver Sentencia No. 25000-23-26-000-2003-01195-01 (AP) – del 10 de marzo de 2005.*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

41. Expuso que existía relación de causalidad entre la conducta y el daño, en los términos del artículo 5 de la Ley 610 de 2000 y de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001[13] de la Corte Constitucional, toda vez que la gestión ineficiente y antieconómica en la administración de los recursos del contrato produjo y materializó el detrimento patrimonial, al desatenderse las condiciones del mercado exigidas por el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007.

42. Aseguró que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez realizó una gestión ineficiente y antieconómica en la disposición y administración de los recursos del contrato núm. 050 de 2011, al no tener en cuenta las reales condiciones del mercado al momento de adquirir los medicamentos para la institución.

I.3. Trámite del proceso en primera instancia

43. Mediante auto de 9 de septiembre de 2019[14] se inadmitió la demanda para que el demandante anexara la copia de los actos demandados e informara la dirección de notificación de la entidad demandada.

44. A través de auto de 4 de octubre de 2019[15] se admitió la demanda, se ordenó notificar al Contralor General de la República, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

45. Por medio de auto de 19 de mayo de 2021[16] se reconoció como sucesores procesales del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez a sus herederos Rafael Hernando Ballesteros Monsalve, Rosa Andrea Ballesteros Monsalve y Luis Miguel Ballesteros Monsalve.

46. En audiencia inicial de 10 de agosto de 2021[17] se saneó el proceso, se fijó el litigio[18], se puso de presente a las partes la posibilidad de conciliar, se decretaron

---

[13] Sala Plena de la Corte Constitucional, referencia: expediente D-3389, M.P. Jaime Araujo Renteria.
[14] Cfr. Folio 43 del cuaderno 1 del expediente físico.
[15] Cfr. Folios 47 y 48 del cuaderno 1 del expediente físico.
[16] Cfr. Folios 95 y 96 del cuaderno 1 del expediente físico.
[17] Cfr. Folios 104 a 106 del cuaderno 1 del expediente físico.
[18] *"[…] d) analizada la solicitud de nulidad de los actos administrativos demandados se concluye que la censura se concreta en la violación de las normas contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 53 y. 54 de la Ley 610 de 2000, los artículos 63 y 1849 del Código Civil y en tres cargos de nulidad, a saber: 1) falsa motivación para sustentar el elemento del daño en la responsabilidad fiscal inexistencia de detrimento patrimonial puesto que no se logró probar de ninguna manera el elemento del daño y en el acervo probatorio no se observa alguna prueba conducente, pertinente o útil que demuestre un detrimento patrimonial, además de que se negaron todas las solicitadas; se violó el derecho del debido proceso y de defensa ya que el fallo de responsabilidad fiscal es la transcripción de la imputación de cargos y no se dio traslado al informe técnico que sirvió de fundamento para el fallo lo cual vicia el procedimiento al no ser objeto de contradicción por lo que no puede ser considerado como prueba, al igual que tiene serias inconsistencias que demuestra la falta de rigurosidad técnica, de otro lado, no se entiende como la CGR afirma que existió detrimento patrimonial cuando los elementos contratados por el hospital están por debajo del histórico de precios de cotización del mercado de los medicamentos registrados en la revista farmaprecios, la cual ha sido utilizada por el comité de compras para realizar el respectivo estudio y calificación de las ofertas de los medicamentos; 2) falsa motivación para probar el elemento conductual de la responsabilidad fiscal inexistencia de culpa grave por el hecho de que no se logró probar la existencia de una conducta reprochable o su graduación como gravemente culposa y el fallo se enmarca en una responsabilidad objetiva la cual está proscrita del proceso de responsabilidad fiscal, adicionalmente se desconoció la desconcentración de funciones al endilgarse al actor la competencia de efectuar análisis de precios sin tener en cuenta el manual de funciones de la entidad y, la CGR omitió graduar la culpa; 3) no se desarrolló el elemento del nexo causal pues, la entidad demandada en vez de aplicar la teoría de causalidad como independiente se limitó a utilizarlo como acápite de conclusiones, de modo que no se hizo el análisis del nexo y tan solo se presume a pesar de ser un elemento independiente de la responsabilidad fiscal, en ese sentido el funcionario competente no puede responsabilizar del supuesto daño a todos los intervinientes que lo precedieron, sino que debe hacer un ejercicio analítico lógico suprimiendo hipotéticamente cada acción u omisión y observar si sin las mismas el daño también se habría producido o no; e) frente a tales súplicas la Contraloría General de la República se opone en su totalidad a las pretensiones por estimar que los actos demandados se expidieron con respeto de la Constitución y la normatividad que regula la materia, conforme al procedimiento previsto para ello sin que pueda acreditarse la existencia de los cargos formulados por la actora*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

las pruebas solicitadas y se prescindió por innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si lo consideraba necesario.

47. La Contraloría General de la República y la parte demandante presentaron alegatos de conclusión[19].

48. El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda[20].

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

49. La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 21 de septiembre de 2023[21] negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

50. Previo al análisis del caso concreto, explicó que no operó el fenómeno de caducidad porque la parte demandante presentó el 31 de mayo de 2019 la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 157 Judicial II para Asuntos Administrativos. Por ello, el término de caducidad se suspendió entre el 31 de mayo al 11 de julio de 2019, de manera que la demandante tenía hasta el 21 de julio de 2019 para interponer el medio de control y la demanda se presentó el 19 de julio de 2019.

51. Explicó que la falsa motivación se configura cuando los hechos que motivaron la decisión no estuvieron probados, o cuando la administración omitió considerar hechos demostrados que habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente, supuestos que no concurrían en el caso.

52. Consideró que los argumentos expuestos por el demandante no estaban llamados a prosperar, dado que la imputación y posterior fallo con responsabilidad fiscal en contra del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez obedecieron a que, en su calidad de director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca y en virtud de sus facultades para dirigir y contratar, incurrió en una omisión injustificada.

53. Determinó que la omisión se configuró al no realizar una comparación de precios mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado, lo que ocasionó el daño patrimonial por sobrecostos en el contrato de compraventa núm. 050 de 2011.

---

pues, se encuentra acreditado que la conducta del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez afectó los fines de la gestión fiscal en tanto que produjo y materializó un daño al patrimonio público producto de la generación de sobrecostos en el contrato de compraventa no. 050 de 2011, la cual se calificó a título de culpa grave omisiva por cuanto participó activa y directamente en el proceso contractual, en la dirección de la estructuración del contrato y su firma, suscribió adiciones y suspensiones dando lugar a un incumplimiento de sus funciones con el cuidado y responsabilidad que debía como director de la ESE Hospital San Vicente de Arauca debido a que no desarrolló una comparación de precios mediante estudios de las condiciones de mercado en establecimientos farmacéuticos, como lo contempla el Decreto 2200 de 2005 y Resolución 1403 de 2007, de tal manera que los actos se encuentran debidamente motivados […]".

[19] Cfr. Folios 110 a 112 y 125 a 129 del cuaderno 1 del expediente físico.
[20] Cfr. Folios 114 a 121 del cuaderno 1 del expediente físico.
[21] Cfr. Folios 130 a 157 del cuaderno 1 del expediente físico.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

54. Afirmó que como el sobrecosto tenía que ver con la comparación del valor del contrato celebrado con los precios reales del mercado y el deber de la administración de tenerlo como referencia, previo al inicio del proceso de selección y la contratación.

55. Planteó que la ausencia de estudios de mercado en el Contrato de Compraventa núm. 050 de 29 de agosto de 2011 generó sobrecostos constitutivos de detrimento; que la conducta se calificó adecuadamente a título de culpa grave omisiva; y que existía nexo causal entre la conducta del gestor fiscal y el daño causado. En consecuencia, sostuvo que los cargos no estaban llamados a prosperar.

56. Frente a la calificación de la conducta del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez a título de culpa precisó que en calidad de director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca para el periodo comprendido entre el 4 de agosto de 2010 y el 12 de diciembre de 2011 omitió de manera injustificada su deber de *"[…] efectuar una comparación de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones de marcado o cotejo de los ofrecimientos […]*".

57. Explicó que no era acertado afirmar que el fallo con responsabilidad enmarcó la conducta del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez dentro de la responsabilidad objetiva.

58. Reiteró que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en su condición de director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca celebró el contrato de compraventa núm. 050 de 2011, ostentó la calidad de gestor fiscal y comprometió los recursos públicos al firmar el contrato y la orden de pago correspondiente al anticipo del 30%, pues dentro de sus funciones tenía la apertura, dirección, celebración y vigilancia de los contratos.

59. Consideró que la negativa de las pruebas solicitadas en sede administrativa estuvo debidamente motivada conforme al artículo 168 de la Ley 1564 de 2012, toda vez que una de ellas ya obraba en el expediente y la otra resultaba ilegal.

60. Precisó que el Informe de Auditoría se trasladó al demandante mediante comunicación con radicado SIGEDOC núm. 2013EE0017871 de 12 de marzo de 2013, en la que se le otorgó el término de cinco días para pronunciarse, sin que lo hiciera, por lo que ese actuar omisivo no viciaba de nulidad la actuación del órgano de control. Concluyó que el cargo no prosperaba.

61. Expuso que el argumento del demandante relacionado con que se desconoció que la función de efectuar un análisis de precios le correspondía al Comité de Compras y Evaluación de la entidad, conforme lo establecido en el manual de funciones, no estaba llamado a prosperar debido a que de acuerdo con sus obligaciones debía conocer y dirigir los estudios previos del proceso de contratación que culminó con la celebración del contrato de compraventa núm. 050 de 2011.

62. Señaló que la responsabilidad de dirigir el proceso de selección y celebrar el contrato recaía en el demandante en su calidad de director y representante legal de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, conforme al Manual de Funciones de la

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

entidad (Acuerdo núm. 00150 de 14 de octubre de 2005), al Manual de Contratación (Acuerdo núm. 170 de 2007, modificado por el Acuerdo núm. 189 de 2008) y al artículo 26 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993. Dicha competencia no se delegó.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN[22]

63. La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia al considerar que no se demostró el daño patrimonial, la conducta dolosa o gravemente culposa, ni el nexo causal, incurriéndose así en un régimen de responsabilidad objetiva que quebranta el principio de legalidad.

64. Advirtió que el *a quo* incurrió en falsa motivación por una insuficiente valoración probatoria, conforme al artículo 280 de la Ley 1564 de 2012 y las sentencias T-442 de 1994 y C-173 de 2019 de la Corte Constitucional. Especialmente, no se desarrolló el elemento del nexo causal, en tanto que ninguna prueba demostraba la relación entre la conducta del demandante y el supuesto detrimento.

65. Aclaró que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez no incurrió en ninguna conducta gravemente culposa o dolosa.

66. Alegó que la sentencia incurrió en un falso juicio de identidad, entendido como el vicio que se materializa cuando el juzgador distorsiona, adiciona o elimina el contenido objetivo de la prueba. Concretamente, el *a quo* tergiversó las pruebas documentales que demostraban que las decisiones de la contraloría eran contrarias a derecho.

67. Explicó que el órgano de control no valoró: i) el Contrato Interadministrativo núm. 005 de 2011, celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y el Hospital San Vicente de Arauca; ii) los estudios de mercado y previos elaborados por la Oficina de Planeación; iii) la revisión y los términos de referencia correspondían a la Oficina Asesora Jurídica; iv) el contrato se celebró previa convocatoria del proceso de menor cuantía núm. 008 de 2011; y v) las propuestas fueron evaluadas por el comité de compras el 16 de agosto de 2011.

68. Refirió que la celebración del contrato de compraventa fue viabilizada por distintas dependencias de la entidad con profesionales interdisciplinarios especializados, razón por la que se dio apertura al proceso de menor cuantía núm. 008 de 2011.

69. Explicó que existieron tres proponentes cuyas ofertas fueron calificadas el 16 de agosto de 2011 por el comité de compras y adquisición de servicios de menor cuantía quien deliberó y estimó que la propuesta más favorable era la presentada por Ingeniería Biomédica.

70. Señaló que el contrato núm. 050 de 2011 celebrado entre la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca y el establecimiento de comercio Ingeniería Biomédica tenía por objeto la adquisición de antibióticos y otros grupos farmacológicos.

[22] Cfr. Folios 164 a 172 del cuaderno 1 del expediente físico.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

71. Consideró que se omitió efectuar una *"[…] ponderación mediante el test de igualdad entre la vida de sujetos de especial protección (mujeres gestantes) y el erario público (los precios del mercado); en ese orden de ideas analizados los distintos elementos la salud pública prima sobre otros elementos subjetivos concurrentes […]"*, conforme a lo señalado en la sentencia de la Corte Constitucional núm. 579 de 2013.

72. Precisó que la suscripción del contrato núm. 050 de 2011 debía entenderse bajo el principio de confianza legítima, derivado del artículo 83 de la Constitución Política y desarrollado en las sentencias T-097 de 2011 y T-715 de 2014, de modo que exigir que el director respondiera por todo desconocía el manual de funciones y conducía a un régimen de responsabilidad objetiva. En todo caso, al demandante no le corresponde elaborar los estudios previos.

73. Agregó que *"[…] nadie está obligado a lo imposible […]"*, por cuanto sus funciones de planeación, organización, dirección, control y representación legal no comprendían la elaboración de estudios de mercado ni de estudios previos.

74. Planteó que la contraloría vulneró su derecho al debido proceso porque no surtió el traslado del informe técnico del hallazgo al demandante, contrario a lo afirmado en la sentencia de primera instancia. La comunicación referida por el *a quo* únicamente daba cuenta de la auditoría realizada por el ente de control, pero no del informe técnico.

75. Anotó que el hecho consistente en que *"[…] el Ente de Control surta las etapas procesales no es garantía del cumplimiento del debido proceso, pues omitió realizar la motivación del decreto de pruebas (conducencia, pertinencia y utilidad) y el traslado del informe técnico. […]".*

76. Afirmó que existían otras dependencias responsables y que la Contraloría General de la República debió individualizar las conductas objeto de reproche teniendo en cuenta: i) el manual de funciones de la entidad; ii) la adquisición de los productos se hizo por debajo del precio histórico; iii) la competencia del Comité de Compras y Adquisiciones para recomendar la contratación de menor cuantía conforme al artículo 14 del Acuerdo de Junta Directiva núm. 189 de 11 de septiembre de 2008; iv) la función de la Oficina Asesora Jurídica de revisión y análisis de los estudios previos de precios de mercado y de los términos de referencia; y v) las funciones de la Oficina de Planeación respecto de los estudios previos.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

77. El magistrado sustanciador en primera instancia por auto de 26 de febrero de 2024[23] concedió el recurso de apelación y remitió el expediente al Consejo de Estado.

[23] Cfr. Índice 54 expediente digital de primera instancia.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

78. Esta autoridad judicial, a través de auto de 10 de abril de 2024[24], admitió el recurso de apelación y prescindió de la etapa de alegaciones, sin perjuicio del pronunciamiento que pudiera efectuarse sobre el recurso interpuesto.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

79. A efectos de decidir la presente controversia, se analizarán los siguientes aspectos: i) la competencia; ii) los actos administrativos demandados; y iii) el análisis del caso concreto.

V.1. Competencia

80. De conformidad con el artículo 237 de la Constitución Política, el artículo 150 de la Ley 1437 y el artículo 13[25] del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019[26], la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

V.2. Los actos administrativos demandados

81. El demandante cuestionó la legalidad del auto núm. 1463 de 1 de noviembre de 2018[27] cuya parte resolutiva señala:

> *"[…] **ARTÍCULO PRIMERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, en cuantía de TRESCIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VENTISEIS CENTAVOS ($307.732.855,26), debidamente INDEXADO**, en forma solidaria, dada la conducta de cada uno de ellos a título de CULPA GRAVE, por el daño patrimonial causado al patrimonio público, de conformidad a la parte motiva de la presente providencia, en contra de:*
>
> ***1.- LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ** identificado con la cédula de ciudadanía N°19.058.959, en calidad de Director de la ESE Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos […]*
>
> ***ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** a la Compañía Aseguradora **LA PREVISORA S.A**., identificada con el Nit. 860.002.400-2 en su condición de garante e INCORPORAR al presente Fallo con Responsabilidad Fiscal la **Póliza de Seguros de Manejo Oficial No. 1001555** del 06 de mayo de 2011, con vigencia del 28 de abril de 2011 al 28 de abril de 2012, y la **Póliza de Seguros de Manejo Oficial No. 1001587** del 23 de abril de 2012, con vigencia del 28 de abril de 2012 al 28 de abril de 2013, por el monto del daño patrimonial causado al Estado en cuantía de TRESCIENTOS SIETE MILLONES **SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VENTISEIS CENTAVOS ($307.732.855,26), debidamente INDEXADO,** sin que exceda el monto garantizado.*
>
> ***ARTÍCULO TERCERO: DESVINCULAR SEGUROS SURAMERICANA NIT. 890903407-9** de la Póliza de No. 0634393-0 del 29 de agosto de 2011, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia […]"* (negrilla del texto).

---

[24] Cfr. Índice 4 expediente digital.
[25] Modificado por el artículo 1° del Acuerdo núm. 434 de 10 de diciembre de 2024, "*[…] Por medio del cual se modifican los artículos 13, 67, 80, 81 y 82 del Acuerdo 080 de 2019, y se le adicionan los artículos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 90. […]*".
[26] Reglamento Interno del Consejo de Estado.
[27] Cfr. Folios 4 a 102 cuaderno 2 del expediente físico.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

82. Se demandó el auto núm. 1765 de 21 de diciembre de 2018[28], en el que se resolvió:

> *"[…]* ***ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: NEGAR*** *el recurso de* ***REPOSICIÓN*** *impetrado por el Doctor* ***LUÍS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ****, quien actúa en nombre propio y en consecuencia NO REPONER el fallo con responsabilidad fiscal No. 1463 del 01 de noviembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: CONCEDER*** *el recurso de* ***APELACIÓN*** *interpuesto por el Dr.* ***LUÍS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ****, quien actúa en nombre propio, contra el fallo con responsabilidad fiscal No. 1463 del 01 de noviembre de 2018. En consecuencia remitir el expediente al Despacho del señor Contralor General de la República, para que se surta el recurso de acuerdo a la parte motiva.*
>
> ***ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO: RECHAZAR DE PLANO*** *la solicitud de nulidad impetrada por el Dr.* ***LUÍS HERNANDO BALLESTEROSE GUTIERRE****Z, sin derecho a recurso alguno de acuerdo a la parte motiva […]"* (negrilla del texto).

83. Igualmente, se cuestionó la legalidad del auto núm. ORD-80112-0034-2019 de 1.° de febrero de 2019[29] proferido por el despacho del Contralor General de la República, el cual en su parte resolutiva indicó:

> *[…]* ***ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR*** *en sede de apelación, el fallo con responsabilidad fiscal adoptado mediante auto 1463 del 1 de noviembre de 2018, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 Grupo para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, mediante el cual se declaró la responsabilidad fiscal entre otros, a los siguientes señores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia:*
>
> *- LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ identificado con la cédula de ciudadanía N°19.058.959, en calidad de Director de la ESE Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos. […]*
>
> ***ARTÍCULO CUARTO: CONFIRMAR*** *el fallo con responsabilidad fiscal adoptado mediante auto No. 1463 del 1 de noviembre de 2018, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 Grupo para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante el cual se declaró tercero civilmente responsable a la Compañía de seguros La Previsora S.A. en virtud de las pólizas de manejo global sector oficial No. 1001555 1001587 por el monto del daño patrimonial, conforme se indica en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***ARTÍCULO QUINTO: RECHAZAR*** *por improcedentes, las solicitudes de nulidad y de revocatoria directa interpuestas por los responsables fiscales, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente proveído:*
>
> *Solicitud de nulidad interpuesta por el señor ELKIN JAVIER CAROPRESSE SAAVEDRA mediante radicado 2019ER0004376 del 18 de enero de 2019.*
>
> *Solicitud de revocatoria directa interpuesta por el abogado LODWIL DUVAN TORRES ARTEAGA, apoderado de los señores EDWARD DE JESÚS MERCADO MAESTRE, RAÚL FERNANDO GARCÍA LOYO, LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIÉRREZ Y NESTOR RAÚL ARCILA SEPÚLVEDA, con radicado 2019ER0004374 del 18 de enero de 2019.*

[28] Cfr. Folios 103 a 198 del cuaderno 2 del expediente físico.
[29] Cfr. Folios 199 a 235 del cuaderno 2 del expediente físico.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

Solicitud de nulidad y / o revocatoria directa interpuesta por el abogado LODWIL DUVAN TORRES ARTEAGA, apoderado de NESTOR RAÚL ARCILA SÉPULVEDA […]" (negrilla del texto).

V.3. Análisis del caso concreto

84. De conformidad con los artículos 320 y 328 de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012[30], aplicables por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de 21 de septiembre de 2023, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda promovida por el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez.

85. El demandante en la alzada afirmó que: i) no se acreditaron los elementos de la responsabilidad fiscal; ii) se transgredió el principio de legalidad al aplicar un régimen de responsabilidad objetiva; iii) el *a quo* incurrió en falsa motivación por indebida valoración probatoria; iv) operó un falso juicio de identidad porque se desconocieron las atribuciones del ordenador del gasto, la desconcentración de funciones y el principio de la confianza legítima; v) se vulneró el debido proceso en la etapa probatoria; y vi) no se aplicó el test de igualdad.

86. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará: i) los elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto; ii) la supuesta vulneración del debido proceso en la etapa probatoria; iii) el presunto desconocimiento de las competencias de otros funcionarios; iv) las pruebas presuntamente no valoradas y su relación con el daño patrimonial; y v) los nuevos planteamientos de contradicción propuestos en la segunda instancia.

V.3.1. Los elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto

87. El demandante consideró que el tribunal de primera instancia efectuó una valoración insuficiente del material probatorio y, como consecuencia, tuvo por acreditados los elementos de la responsabilidad fiscal desde un esquema de responsabilidad objetiva que desconoce el principio de legalidad.

88. El artículo 3.º de la Ley 610 previó que la gestión fiscal es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado *"[…] Que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales […]"*.

[30] *"[…] Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. […]".*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

89. El artículo 5.º de la Ley 610 señaló que la responsabilidad fiscal se acredita cuando concurre: i) una conducta dolosa o gravemente culposa[31] atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; ii) un daño patrimonial causado al Estado; y iii) el nexo causal entre los dos elementos anteriores.

90. En cuanto al daño patrimonial, el artículo 6.º precisó que debe tratarse de una lesión al patrimonio público que se representa en el menoscabo, disminución, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. *"[…] 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 […]"*.

91. En lo que respecta a la conducta, el artículo 4.º de la Ley 610 dispuso que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa[32] de quienes realizan gestión fiscal.

92. En cuanto al nexo causal, este elemento supone la existencia de una relación de causa a efecto entre la conducta dolosa o gravemente culposa desplegada por el gestor fiscal y el daño patrimonial ocasionado al Estado.

93. Bajo estas consideraciones, para que proceda un fallo con responsabilidad fiscal, la contraloría debe demostrar que el investigado tenía un deber funcional concreto de manejo, control, custodia, verificación o decisión respecto de los recursos afectados, y que su conducta dolosa o gravemente culposa fue causa eficiente e idónea del detrimento patrimonial.

94. En el presente caso por medio del auto núm. 000890 de 25 de marzo de 2014 expedido por la Contraloría Delegada Intersectorial núm. 15 Grupo para el Conocimiento y Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal – Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, se ordenó abrir proceso de responsabilidad fiscal núm. UCC-PRF-009-2014, en contra de los señores Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez y Luis Alfonso Lázaro Suárez por el contrato de compraventa núm. 050 de 2011. Este auto fue aclarado por medio de decisión del 13 de agosto de 2015[33].

95. Posteriormente, se profirió el auto núm. 0282 de 8 de marzo de 2018[34] por medio del cual se le imputó responsabilidad en forma solidaria a título de culpa grave omisiva al señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en calidad de director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca para la época de los hechos, y otro, en cuantía de $240.398.747.

---

[31] En concordancia con el artículo 118 de la Ley 1474.
[32] *Ibidem.*
[33] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 6"*, documento *"2_20150813_AUTO ACLARA LA APERTURA FL 1039 A 1041"*.
[34] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, *carpeta "PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 10"*, documento *"40_20180308_Auto 282-2018 imputación_Fls_1993-2043"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

96. Surtidas las respectivas etapas procesales a través del Auto núm. 1463 de 1.° de noviembre de 2018 se falló con responsabilidad en contra del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez y otros.

97. De los argumentos que estructuraron su responsabilidad, se resalta lo siguiente:

> *"[…] **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO***
>
> *[…] **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD***
>
> *[…] **A) DAÑO PATRIMONIAL***
>
> *[…] **i). DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO***
>
> *[…] El daño fiscal se materializa con ocasión del proceso de contratación, suscripción y ejecución del contrato de compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011, cuyo objeto consistió en la adquisición de antibióticos y otros grupos farmacológicos para el desarrollo del proyecto de fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la morbimortalidad materna, perinatal e infantil en el Hospital San Vicente de Arauca y en cuya transacción se presentaron unos sobrecostos injustificados en la compra de los mismos. A esta conclusión se arriba luego de realizada la valoración del estudio de mercado adelantado por la Contraloría General de la República, respecto de los mismos elementos objeto del contrato, en circunstancias similares de modo tiempo y lugar.*
>
> ***DAÑO FISCAL POR SOBRECOSTOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA No. 050 DE 2011***
>
> *Para el Despacho es claro que con motivo de la celebración y ejecución del Contrato No. 050 de agosto 29 de 2011, se generó un detrimento al patrimonio público por sobrecosto en la adquisición de los bienes que fueron objeto del mismo.*
>
> *[…] La Contraloría General de la República, realizó un estudio de mercado en **similares circunstancias de tiempo, modo y lugar**, consistente en la solicitud de cotizaciones de los diferentes productos y bienes objeto del contrato a múltiples proveedores, distribuidores y comerciantes destacando que dichos elementos deberían acreditarse a precios del 2011 (**circunstancia de tiempo**), y puestos en la ciudad de Arauca, Departamento de Arauca (circunstancia de lugar) y se determinó los productos a adquirir en igualdad de cantidad, marca, especificaciones y presentación (**circunstancia de modo**), por lo cual la forma como se estableció el precio del mercado y sus valores atienden a lo preceptuado por la Jurisprudencia y conceptos de la misma Contraloría General de la República, cuando se pretende determinar unos sobrecostos en precio. (**Folio 90 CD**).*
>
> *Las solicitudes de cotizaciones realizadas, claramente requieren que los precios sean los del año 2011, que la ubicación de los bienes a adquirir se de en la ciudad de Arauca, departamento de Arauca, y los bienes antibióticos y grupos de medicamentos son los mismos respecto de los cuales se efectuó el contrato o sea de las mismas marcas de los productos y especificaciones de cada uno, sin dar lugar a indeterminaciones o dudas, respecto de las circunstancias bajo las cuales se adquirieron, tal como puede apreciarse en el cuadro que contiene el estudio de mercado y que se expone a continuación.*
>
> *Efectivamente dentro de las cotizaciones remitidas por FLEMINNG INGENIERIA BIOMEDICA, Casa Comercial con sede en la ciudad de Neiva, se indica: "Los precios incluyen transporte y seguro de transporte y la mercancía será entregada en el departamento de Arauca. Pago a 60 días".*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

Por su parte DOTASALUD Dotaciones en Salud J. M. Ltda, con sede en Bogotá, indica: "Incluye flete y condiciones de pago a 60 días".
HOSPIOFFICE Muebles Hospitalarios y de Oficina, con sede en Bogotá, le indica a la CGR: "Los precios cotizados incluyen gastos de transporte y Flete a la ciudad de Arauca. Pago 60 días."

FARMARED, Comercializadora de Medicamentos reseña en su cotización: "Precios vigentes para la ciudad de Arauca".

En consecuencia de acuerdo a la comparación de precios, de la Auditoria de la Contraloría General de la República, se tiene:

[…]

"Sobrecostos contrato 050 de 2011"

"Sobrecostos Contrato 050 de 2011"

CONTRATO 050 2011					
PRODUCTO	CANTIDADES	PROMEDIO	ADJUDICADO	% INCREMENTO	SOBRECOSTO
AMPICILINA AMPX500GR	1000	754	1.120	49%	366.000
AMIKACINA AMP500MG	1000	617	1.380	124%	763.500
AMIKACINA X100MG	500	688	1.150	67%	231.125
AMPICILINA AMP X1GR	3000	1.199	1.900	58%	2.103.750
AMPICILINA-SULBACTAM AMPX1.5	3000	1.479	3.000	103%	4.564.500
CEFALOTINA AMPX1GR	20.000	1.726	3.000	74%	25.485.000
CEFTRIAZONA AMP X 1GR	5000	1.452	4.500	210%	15.242.500
CIPROFLOX AMP100MG	8000	1.321	2.440	85%	8.952.000
FLUCONAZOL AMP X 200MG	300	16.492	23.420	42%	2.078.400
CLINDAMICINA AMPX600MG	12000	1.193	2.740	130%	18.570.000
GENTAMICINA AMP X80MG	10.000	388	530	37%	1.420.000
GENTAMICINA AMP X160MG	5000	414	790	91%	1.878.750
METRONIDAZOL AMP 500MG	700	1.405	14.400	925%	9.096.325
OXACILINA AMP X 1GR	20000	935	3.320	255%	47.705.000
PENICILINA CRISTALINA AMP 1 MILL	5000	783	970	24%	935.000
PIPERACILINA+TAZOBACTAM AMX4.5GR	400	13.598	43.500	220%	11.960.200
VANCOMICINA AMP X500	200	5.901	16.420	178%	2.103.900
ALBUMINA AL 20%X50ML	450	92.033	180.000	96%	39.585.375
AMINOACIDOS ESENCIALES10%FSCO 500ML	300	40.093	90.000	124%	14.972.200
ATROPINA SULFATO AMP X 1GR	1500	308	830	170%	783.750
DICLOFENAC X 75MG	3000	169	410	143%	723.750
FENITOINA AMP X 250MG	4000	3.364	6.000	78%	10.544.000
HALOPERDOL AMP 5MG	500	8.344	11.250	35%	1.453.125
BROMURO IPRATROPIO 0.25MG/ML	400	11.717	18.030	61%	2.725.100
ISOFLURANO FSCO X120ML	10	105.116	266.000	153%	1.608.840
METILPREDNISOLONA AMP X 500MG	100	12.830	45.750	257%	3.292.000
METOCLOPROPAMIDA AMP X 10MG	15000	250	610	144%	5.407.500
NEOSTIGMINA AMP 0.5MG	800	1.081	3.000	178%	1.535.400
NITROFURAZONA FSCO X 500GR	50	49.388	63.430	28%	702.125
PRIMENE 10%FSCO X100ML	20	35.820	40.020	12%	84.000
PROSTIN AMP X 50MCG	5	582.833	643.520	10%	303.433
RANITIDINA AMPX50MG	15000	206	494	140%	4.323.750
SALBUTAMOL SUL NEBUL	800	4.704	15.940	239%	8.989.067
SUERO ANTIOFID AMP	100	59.102	70.000	18%	1.089.833
SULFAPLATA CREMAX100G	500	18.237	21.354	17%	1.558.500
TOXOIDE TETANICO AMP X0.5ML	1000	4.865	7.830	61%	2.964.750
ETILEFRINA AMP 10MG/ML	1500	5.697	7.950	40%	3.380.250
OXIMETAZOLINA FSCO 0,05%	40	1.750	7.900	352%	346.030
ULTRAVIST 300MG/ML IOPAMIRONX100	400	96.917	110.000	13%	5.233.333
Total					264.962.552
Menos Costos Indirectos					22.419.501
Total					242.543.051

Fuente: hallazgo fiscal: fls. 1 a 10 y CD folio 141

[…] El estudio y evaluación fiscal realizado por la CGR, le ha permitido apreciar que existe suficiente evidencia de que en la celebración, ejecución y pago del Contrato No. 050 de 2011, se infringió un daño patrimonial al Departamento de Arauca, y a su entidad Hospital San Vicente de Arauca ESE, por cuanto no se tuvo en cuenta las reales condiciones del mercado como consecuencia directa de la indebida gestión fiscal de los servidores públicos que en ejercicio de sus atribuciones intervinieron en la actividad contractual y de la acción determinante del contratista que para estos casos es sujeto participativo en la generación del daño.

Con la secuencia de actuaciones probadas y que condujeron a sobrecostos por un valor de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($240.398.747), se configura la situación prevista en el artículo 6º de la ley 610 de 2000, en cuanto que con la celebración, ejecución y pago total del valor del Contrato No. 050 de 2011, se incurrió en una lesión al patrimonio público, representado en el Departamento de Arauca en el "menoscabo, disminución, perjuicio y detrimento" como directa consecuencia del mayor valor pactado y pagado en la suma que arrojó el análisis, estudio y ponderación que se acredita dentro del expediente, y en los cuadros precedentes.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

[…] CONDUCTA Y NEXO DE CAUSALIDAD

[…] ***1. RESPECTO DE: LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ***

LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ*, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°19.058.959, en su condición de Director de la ESE Hospital San Vicente de Arauca (encargado), dentro del periodo comprendido entre el 04 de agosto de 2010 hasta el 1 de septiembre de 2011, y como Director Titular del 2 de septiembre de 2011 hasta el 12 de diciembre de 2011 (folio 19), al celebrar el Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011 (folio 97 a 102), con el contratista LUÍS ALFONZO LAZARO SUAREZ, Propietario del Establecimiento Comercial denominado INGENIERÍA BIOMÉDICA,* ***ostentó la calidad de GESTOR FISCAL, en la medida que bajo su competencia comprometió los recursos públicos, cuando firmo dicho contrato de compra venta (folio 97 a 102), suscribió la Orden de Pago No. 2376 del 05 de septiembre de 2011, a favor de LUÍS ALFONSO LAZARO SUAREZ, por valor de $173.323.830, correspondiente al pago del anticipo del 30% del Contrato No. 050 de 2011 (folio 123).*** *Si bien el pago del saldo total del contrato fue por la Orden de Pago No. 1266 del 07 de mayo de 2012, a favor de LUÍS ALFONSO LAZARO SUAREZ, por valor de $388.367.670, por concepto de pago final del Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011 (folio 124), fue por parte del nuevo Director del Hospital Dr. JHOAN JAVIER JIRALDO (sic) BALLEN, esto obedeció al compromiso contractual generado por el Contrato No. 050 del 29 de agosto de 2011, suscrito por LUÍS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ; para un total de $561.691.500, dentro del cual se presentó el sobrecosto detallado en el acápite del daño patrimonial, por valor de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($240.398.747).*

[…] El señor LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ, intervino, en ejercicio de sus funciones y en el contexto de sus deberes funcionales como ordenador del gasto, en su calidad de representante legal del Hospital San Vicente de Arauca, en las etapas de la actividad contractual del Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011, objeto del presente proceso, hasta el día 12 de diciembre de 2011, cuando dejo de ser el Director de la Institución y el contrato se encontraba finalizando su etapa de ejecución, debido a las prórrogas generadas a solicitud del Contratista.

Es así, como estuvo presente en la fase previa a la celebración del contrato 050-de 2011, suscribiendo desde el AVISO DE CARTELERA fijado el 9 de agosto de 2011, también firmó los "TERMINOS DE REFERENCIA" de fecha julio de 2011. Asimismo suscribió el Contrato 050 de 29 de agosto de 2011, y la primera acta de suspensión de 26 de octubre de 2011, tal como se consagra en el expediente a (Folios, 44 a 67; 90, 97 a 101 y 103, de la Carpeta No. 01).

También estuvo presente en la gran parte de la fase de ejecución del Contrato hasta el 12 de diciembre de 2011, cuando fue suspendido de su cargo por la Procuraduría General de la Nación, conforme se acredita en Certificación del 22 de mayo de 2013, por parte del Líder del Programa del Talento Humano, del Hospital San Vicente de Arauca, CESAR AUGUSTO VALDERRAMA ALVARADO, que obra a folio 19 del expediente. El Contrato se liquida el 4 de mayo de 2012, por parte del nuevo Director Dr. JHOAN JAVIER GIRALDO BALLEN. (Folio 128 carpeta 1)

Por consiguiente, la preparación del proceso contractual, caracterizada por las irregularidades señaladas en el acápite precedente, estuvo bajo la responsabilidad del Director del Hospital San Vicente de Arauca, LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ en virtud de su competencia natural para la dirección del proceso contractual, antes reseñado.

No es necesario incursionar en sofisticadas apreciaciones para afirmar que el daño proveniente del sobrecosto en un contrato estatal, se consolida cuando el

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

precio sobrevalorado del contrato, se paga integralmente. *El contrato fue pagado en su totalidad según los valores determinados de conformidad al acta de liquidación del mismo del 4 de mayo de 2012*

Obra en el expediente la orden de pago No. 2376 por $173.323.830.00 y el comprobante de Egreso No. 00000007946 del 30 de septiembre de 2011. (Folios 123 y 125) la citada orden de pago suscrita por el Dr. Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez. También orden de pago de 7 de mayo de 2012, por valor de $ 388.367.670.00 ésta suscrita por el nuevo Director Johan Javier Giraldo Ballén. (Folio 124), y comprobante de Egreso No. 00000014331 del 4 de julio de 2012 por $349.583.315.00. (Folio 127), por medio de las cuales se realizó el pago correspondiente al contrato de compraventa No. 050 de 2011*.*

Es decir, el implicado en este caso tenía la titularidad de la gestión fiscal en lo que hace a los recursos con los cuales se pagó el contrato en relación con el anticipo.

En cuanto hace al pago del saldo final del contrato luego de la liquidación del mismo, por valor de $ 388.367.670.00 no la suscribe el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez, no obstante el Dr. Ballesteros fue quien suscribió el contrato de compraventa y por ello al tratarse de hechos de suministro en el tiempo, la firma del contrato es suficiente para acreditarle responsabilidad fiscal, porque a través del mismo, y por la naturaleza del contrato el comprometió los recursos de la entidad y finalmente es responsable de las consecuencias y pagos acreditados a dichos actos.

[…] Aquí lo que se cuestiona es el sobre precios de los elementos adquiridos en el Contrato de Compraventa No. 042 de 2011, en algunos de ellos. Es evidente que existe un Manual de Contratación y Adquisición de Bienes y Servicios, lo cual regló la contratación en el ente hospitalario, y si bien hubo un presupuesto oficial en los términos de referencia, lo real es, que del estudio de mercado realizado por la Contraloría General de la República respetando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron las cotizaciones para la suscripción del Contrato No. 050 de 2011, multireferenciado; lo cual no se practicó por parte de la entidad hospitalaria antes de la evaluación de las propuestas que se hicieron para la suscripción de dicho contrato de adquisición.

[…] La conducta del Señor Ex Director del Hospital San Vicente de Arauca, LUIS HERNANDO BALLESTEROS, contraria a los fines de la gestión fiscal con la que se causó y consolidó el daño al patrimonio público por sobrecostos en el Contrato de Compraventa No. 050 de 2011, se califica a título de CULPA GRAVE OMISIVA, por las siguientes consideraciones:

Se tiene establecido que el señor LUIS HERNANDO BALLESTEROS, entre el 4 de agosto de 2010 al 1 de septiembre de 2011, laboró como Director Encargado y desde el 2 de septiembre de 2011 al 12 de diciembre de 2011, como Director del Hospital San Vicente de Arauca, (folio 19). Desde ese período, como Director del Hospital tuvo pleno conocimiento de las actuaciones administrativas tendientes a la adquisición de los antibióticos y otros grupos farmacológicos objeto del contrato 050 de 2011, Es así, como firmó y suscribió el AVISO DE CARTELERA de agosto 09 de 2011, también firmó los "TÉRMINOS DE REFERENCIA" para contratación por Comité de Compras o adquisición de servicios de menor cuantía No. 008 de 2011. Así mismo suscribió el Contrato 050 de 22 de agosto de 2011, y las Actas antes enunciadas, por lo cual se prueba que intervino directamente en su calidad de Director del Hospital, en la adjudicación y celebración del contrato 050 de 2011.

De las pruebas acreditadas al plenario, no se encuentra explicación de por qué en un mercado tan competido, en el que normalmente se presentan conocidas empresas de la industria farmacéutica, y distribuidores, entidades mayoristas y comerciantes que garantizan una distribución de medicamentos, a mejores precios, con gran beneficio para el Hospital, se celebra el contrato 050 de 2011, con una persona que ni siquiera disponía de la autorización legal para

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

***comerciar y distribuir medicamentos en la ciudad de Arauca**, como lo certifica el Director de la Unidad Administrativa Especial de salud de Arauca y que consta a folio 96 del expediente. Y, a esta falta de capacidad legal para distribuir antibióticos y otros grupos farmacológicos que no solo se predica de INGENIERÍA BIOMÉDICA, sino también del otro proponente DISTRIBUCIONES Y SUMINISTROS S&S es decir que dos de los tres proponentes no se encontraban ni certificados ni registrados en la Oficina de Inspección, Vigilancia y Control IVC de medicamentos de la UAE Salud de Arauca, tal como lo contempla el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007, para el suministro de medicamentos.*

[…] El Director del Hospital actuó en la preparación del contrato como responsable de su etapa inicial en la que se configuraron las irregularidades señaladas en el acápite precedente de este autor […] e igualmente e la suscripción del contrato 050 y del pago del anticipo.

*[…] Por lo que la conducta de **LUÍS FERNANDO** (sic) **BALLESTERO GUTIERREZ**, se adecua perfectamente al **literal B) del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011**, ya que hubo una omisión injustificada del deber de efectuar una comparación de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones de mercado o cotejo de los ofrecimientos, que en este caso puntual debió haber sido con ESTABLECIMIENTOS FARMACEUTICOS, tal como lo define el Decreto 2200 de 2005 y Resolución No. 1403 de 2007 del Ministerio de Protección Social, y no de oferentes que no estaban facultados para expender y suministrar medicamentos y dispositivos médicos, incurriendo en una **CONDUCTA DE CULPA GRAVE OMISIVA,** como se viene sosteniendo.*

*En relación al tercer elemento de la responsabilidad fiscal, es decir, el **NEXO CAUSAL**, entre el daño y la conducta omisiva gravemente culposa del señor **LUÍS FERNANDO** (sic) **BALLESTERO GUTIERREZ**, en su calidad de Director del Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos, para que se diera el sobrecosto de **TRESCIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VENTISEIS CENTAVOS ($307.732.855,26), debidamente indexado**, en la adquisición de los ANTIBIOTICOS Y OTROS GRUPOS FARMACOLÓGICOS, a través del Contrato de Compraventa No. 050 de 2011, por su gestión fiscal fue determinante y condicionante de causa-efecto; en otras palabras, del resultado de su conducta se generó el daño.*

*Si el señor **BALLESTEROS GUTIERREZ**, en su calidad de Director del Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos, y sus facultades de dirigir el proceso de selección y contratar (art. 7 del Acuerdo 189 de 2008), **hubiese revisado y sido cuidadoso en que los cotizantes cumplieran las propuestas acordes con los precios del mercado, y fueran Establecimientos Farmacéuticos no se hubiera generado el daño patrimonial que se le está imputando.***

*Al confluir en el presente caso los requisitos señalados en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, y estar demostrado el daño al patrimonio económico del Estado conocido, este Despacho **profiere fallo con responsabilidad fiscal por cumplirse con el artículo 53, ibídem,** en contra del **señor LUIS HERNANDO BALLESTERO GUTIERREZ**, identificado con la C.C. No. 19.058.959, en su calidad de Director del Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos, en cuantía **TRESCIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VENTISEIS CENTAVOS ($307.732.855,26), debidamente indexado**, **por concepto de sobrecosto en la adquisición de ANTIBIOTICOS Y OTROS GRUPOS FARMACOLÓGICOS, para el desarrollo del proyecto de fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la morbimortalidad materna, perinatal e infantil en el hospital San Vicente de Arauca, a través del Contrato de Compraventa No. 050 de 2011,** celebrado con **LUÍS ALFONSO LAZARO SUAREZ**, identificado con la C.C. No. 17.591.505 de Arauca; en calidad de propietario del establecimiento comercial, representante legal del establecimiento comercial*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

INGENIERÍA BIOMÉDICA, identificada con el Nit. 17.591.505-4, de manera solidaria junto con las demás personas a quienes se impute responsabilidad fiscal […]" (negrilla fuera del texto).

98. Contra la anterior decisión los declarados responsables fiscalmente interpusieron recursos de reposición y en subsidio apelación. El recurso de reposición fue desatado a través del auto núm. 1765 de 21 de diciembre de 2018 en el sentido de confirmar el fallo de primera instancia y conceder el recurso de apelación.

99. En relación con el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez se reiteraron los argumentos expuestos en la providencia de primera instancia y, además, se señaló lo siguiente:

*"[…] Causa extrañeza, que el señor **LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ**, identificado con la Cédula de Ciudadanía N°19.058.959, realice la reposición y en subsidio apelación contra el fallo con responsabilidad en su contra como si fuera miembro del Comité de Compra o Adquisiciones de bienes y servicios del Hospital San Vicente de Arauca, si siempre se le vinculó al presente proceso de responsabilidad fiscal en su condición de Director de la ESE Hospital San Vicente de Arauca (encargado), dentro del periodo comprendido entre el 04 de agosto de 2010 hasta el 1 de septiembre de 2011, y como Director Titular del 2 de septiembre de 2011 hasta el 12 de diciembre de 2011 **(folio 19)**, al celebrar el Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011 **(folio 97 a 102)**, con el contratista LUÍS ALFONZO LAZARO SUAREZ, Propietario del Establecimiento Comercial denominado INGENIERÍA BIOMÉDICA ostentó la calidad de **GESTOR FISCAL**, en la medida que bajo su competencia comprometió los recursos públicos, cuando firmo dicho contrato de compra venta **(folio 97 a 102)**, suscribió la Orden de Pago No. 2376 del 05 de septiembre de 2011, a favor de LUÍS ALFONSO LAZARO SUAREZ, por valor de $173.323.830, correspondiente al pago del anticipo del 30% del Contrato No. 050 de 2011 **(folio 123)**. Si bien el pago del saldo total del contrato fue por la Orden de Pago No. 1266 del 07 de mayo de 2012, a favor de LUÍS ALFONSO LAZARO SUAREZ, por valor de $388.367.670, por concepto de pago final del Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011 **(folio 124)**, fue por parte del nuevo Director del Hospital Dr. JHOAN JAVIER JIRALDO (sic) BALLEN, esto obedeció al compromiso contractual generado por el Contrato No. 050 del 29 de agosto de 2011, suscrito por LUÍS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ; para un total de $561.691.500, dentro del cual se presentó el sobrecosto detallado en el acápite del daño patrimonial […]*

Para nuestro caso particular, que como bien lo destaca el artículo 9 de la Ordenanza Departamental No. 022 de 1996, La Junta Directiva de la ESE Hospital San Vicente de Arauca ESE, expidió el Acuerdo No. 170 de 2007, con el cual se estableció el nuevo Manual de Contratación de la entidad Hospitalaria modificado por el Acuerdo 189 de 2008.

Dicho Manual consagró en su artículo 7 que:

ARTICULO 7: COMPETENCIA PARA DIRIGIR PROCESOS DE SELECCIÓN Y CELEBRAR CONTRATOS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ordenanza Departamental No. 022 del 25 de julio de 1996, el Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE, en su carácter de Representante Legal, le compete disponer la apertura de los procesos de selección, dirigirlos, celebrar los contratos y ordenar la vigilancia y control de los contratos, para que sus objetos se cumplan en la forma pactada".

"El Acuerdo No. 000150 del 14 de octubre de 2005, por el cual se adecua el Manual de Funciones de la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, a las disposiciones

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

del Decreto 785 de 2005, consagra dentro de las funciones esenciales del Director del Hospital, en su Artículo 3:
"ARTICULO 3. Establecer para los cargos contenidos en la planta de empleos vigentes de la Empresa Social del estado Hospital San Vicente de Arauca las siguientes funciones y requisitos mínimos para su desempeño, así

iii. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES.
1.(…)
2. Planear, organizar, dirigir, controlar, evaluar y ... Las actividades del Hospital.
3. Ejercer la Representación Legal de la institución …"

Adicional a lo anterior el Contrato Interadministrativo 005 de 2011, suscrito entre la Unidad Administrativa de Salud de Arauca y el Contratista Hospital San Vicente de Arauca ESE, y en cuyo desarrollo dice celebrarse el contrato No. 050 de 2011, dentro de las obligaciones que debía cumplir el contratista en la cláusula segunda numeral 5 se consagra:

"CLAUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA... 5) Los insumos necesarios a suministrar en cada actividad integral del contrato deberán adquirirse preferencialmente con los laboratorios que los producen y/o comercializan cuando se trate de contratación directa, en otros eventos, según disponga la ley o manual de contratación de la ESE, deberán invitárseles preferencialmente..."

Lo que implica que igual esta imposición y obligación contractual también se omitió, pues se acudió a negocios locales en lugar de los laboratorios y casas comercializadoras.

En consecuencia y de conformidad con las pruebas documentales que obran en el expediente, el señor LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIERREZ en su condición de Director del Hospital San Vicente de Arauca, como titular de la competencia para comprometer la voluntad die la entidad en la actividad contractual de la administración y como ordenador del gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas a su presupuesto de cada vigencia, es GESTOR FISCAL, según términos del artículo 3 de la Ley 610 de 2000".

El Director del Hospital actuó en la preparación del contrato como responsable de su etapa inicial en la que se configuraron las irregularidades señaladas e igualmente en la suscripción del contrato 050 y del pago del anticipo.

El señor LUIS HERNANDO BALLESTEROS, en ejercicio de sus funciones tenía la responsabilidad de conocer los estudios previos, en contravía de los deberes funcionales contemplados en el artículo 25 numerales 7, 12 y 13 de la Ley 80 de 1993 y sus normas reglamentarias artículos 3 y 4º del Decreto 066 de 2008, en deberes que continuaron vigentes a través de las mismas disposiciones del Decreto 2474 de 2008, específicamente en su artículo 3, regulación que hace parte del principio de economía; del cual la CORTE CONSTITUCIONAL (Sentencia C-629 del 29 de julio de 2003, M.P. ALVARO TAFUR GALVIS), analizando el régimen contractual de las sociedades de economía mixta, manifestó que así se pretenda buscar mayor flexibilidad y eficacia en la gestión administrativa, sujetando a entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, se debe cumplir con los fines del Estado respetando los requerimientos y controles constitucionales, entre los cuales se encuentran los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales que orientan la gestión fiscal y que establece el artículo 267 de la Carta Política.

La gestión fiscal a cargo de servidores públicos, está indisolublemente vinculada al cumplimiento de los deberes funcionales, en este caso, los derivados de las potestades de contratación estatal. En efecto, esa gestión de recursos que se mueve en el contexto de una relación de sujeción especial, tiene como manifestación

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

esencial el conocimiento previo y completo de las potestades a ejercer en los casos concretos.

[…] Por lo que la conducta de LUÍS FERNANDO BALLESTERO GUTIERREZ (sic), se adecua perfectamente al literal B) del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, ya que hubo una omisión injustificada del deber de efectuar una comparación de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones de mercado o cotejo de los ofrecimientos, que en este caso puntual debió haber sido con ESTABLECIMIENTOS FARMACEUTICOS, tal como lo define el Decreto 2200 de 2005 y Resolución No. 1403 de 2007 del Ministerio de Protección Social, y no de oferentes que no estaban facultados para expender y suministrar medicamentos y dispositivos médicos, incurriendo en una CONDUCTA DE CULPA GRAVE OMISIVA, como se viene sosteniendo.

En relación al tercer elemento de la responsabilidad fiscal, es decir, el NEXO CAUSAL, entre el daño y la conducta omisiva gravemente culposa del señor LUÍS FERNANDO BALLESTERO GUTIERREZ (sic), en su calidad de Director del Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos, para que se diera el sobrecosto de TRESCIENTOS SIETE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON VENTISEIS CENTAVOS ($307.732.855,26), debidamente indexado, en la adquisición de los ANTIBIOTICOS Y OTROS GRUPOS FARMACOLÓGICOS, a través del Contrato de Compraventa No. 050 de 2011, por su gestión fiscal fue determinante y condicionante de causa-efecto; en otras palabras, del resultado de su conducta se generó el daño.

Si el señor BALLESTEROS GUTIERREZ, en su calidad de Director del Hospital San Vicente de Arauca, para la época de los hechos, y sus facultades de dirigir el proceso de selección y contratar (art. 7 del Acuerdo 189 de 2008), hubiese revisado y sido cuidadoso en que los cotizantes cumplieran las propuestas acordes con los precios del mercado, y fueran Establecimientos Farmacéuticos no se hubiera generado el daño patrimonial que se le está imputando […]" (negrilla del texto).

100. Mediante auto núm. ORD-80112-0034-2019 de 1 de febrero de 2019 expedido por el despacho del contralor general, se surtió un grado de consulta y se resolvieron los recursos de apelación del proceso de responsabilidad fiscal. Frente al señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez se confirmó la condena con responsabilidad fiscal con fundamento en las siguientes consideraciones:

"[…] Para el Despacho, la participación del señor BALLESTEROS GUTIERREZ como gestor fiscal, es clara, puesto que no sólo se limitó a recomendar la oferta más favorable, sino que, en su condición de Director General de la ESE Hospital San Vicente de Arauca, estuvo activo en la fase previa de la celebración del contrato 050 de 2011, firmando los términos de referencia, el aviso de cartelera y suscribiendo el reprochado contrato de compraventa.

Ahora bien, con respecto a la naturaleza del Hospital San Vicente de Arauca ESE y el régimen de contratación que le es aplicable, este Despacho considera que si bien es cierto de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, ésta se rige por las disposiciones del derecho privado, no lo es menos que la actividad contractual del Estado debe acatar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, dentro de ellos el de economía, que en el presente caso resultó desconocido […]".

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

101. En el plenario se acreditó que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez fue encargado como director de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca[35] a través del Decreto núm. 269 de 4 de agosto de 2010[36] y que se posesionó el 5 de agosto de 2010.

102. Posteriormente, se nombró al señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en propiedad como director del hospital mediante el Decreto núm. 380 de 2 de septiembre de 2011[37] y se posesionó en la misma fecha[38].

103. El señor Luis Hernando Ballesteros fue desvinculado de la entidad el 12 de diciembre de 2011[39].

104. De conformidad con el Acuerdo núm. 000150 de 14 de octubre de 2005[40], expedido por la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca[41], el director de la entidad tiene como propósito ejecutar labores de dirección general, formular políticas institucionales, así como adoptar políticas, planes, programas y proyectos para su ejecución.

105. Dicho funcionario se encarga de: i) *"[…] Dirigir el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la cobertura del área de influencia e interpretar sus resultados y definir los planes, programas y proyectos de salud […]";* ii) representar legalmente a la entidad; y iii) ejercer control interno en su área de influencia para de cumplir con los controles y procedimientos establecidos por la entidad.

106. Durante el periodo que fungió como director y representante legal de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, el aquí demandante adelantó el proceso de selección de menor cuantía núm. 008 de 2011, cuyos términos de referencia para la contratación por comité de compras o adquisición de servicios datan de julio/agosto de 2011[42] y se encuentra suscrito por el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en calidad de director encargado del hospital.

107. De acuerdo con dicho documento, el objeto del proceso era la *"[…] ADQUISICIÓN DE ANTIBIÓTICOS Y OTROS GRUPOS FARMACOLÓGICOS PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL SERVICIO INTEGRAL PARA EL MANEJO MATERNO-FETAL PARA LA*

---

[35] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"* subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50"*, subcarpeta *"CARPETA SEIS"*, documento *"7_20100408_Nombramiento Gerente ESE y acta de posesión Luis Ballesteros_Fls_30-32"*.
[36] "[…] Por medio del cual se hace un encargo […]".
[37] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"* subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50"*, subcarpeta *"CARPETA SEIS"*, documento *"8_20110902_Decreto no. 380 de 2011_Fls_33-34"*.
[38] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"* subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50"*, subcarpeta *"CARPETA SEIS"*, documento *"9_S-F_Acta de posesión no. 0072 de 2011_Fls_35"*.
[39] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, documento *"5_20130522_Certificaciones Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez _Fls_19"*.
[40] *"[…] Por el cual se adecua el Manual Específico de Funciones y Requisitos de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca a las disposiciones contenidas en el Decreto 785 de 2005 […]*".
[41] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"* subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50", subcarpeta "CARPETA DOS"*, subcarpeta *"MANUAL DE FUNCIONES HSV ARAUCA"*, documento *"manual de funciones 1"*.
[42] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"*, subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50"*, subcarpeta *"CARPETA SEIS"*, documento *"16_20010707_Términos Celebración contrato No. 050 de 2011_Fls_44-67"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

PREVENCIÓN DE LA MORBIMORTALIDAD MATERNA, PERINATAL E INFANTIL, EN EL HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE […]”.

108. La calificación No. 007 de 16 de agosto de 2011 del proceso de selección la efectuó el Comité de Compras y Adquisición de Servicios de la institución, en donde consta que la oferta de Ingeniería Biomédica obtuvo el mayor puntaje con una calificación de 95 sobre 100[43].

109. Así las cosas, luego de realizada la adjudicación al mencionado proponente, el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez suscribió el contrato núm. 050 de 29 de agosto de 2011[44] con el señor Luis Alfonso Lázaro Suarez, propietario del establecimiento de comercio Ingeniería Biomédica.

110. El objeto del contrato era *“[…] EL VENDEDOR se obliga a entregar los antibióticos y otros grupos farmacológicos para el desarrollo del proyecto de fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la morbimortalidad materna, perinatal e infantil en el Hospital San Vicente de Arauca […]”*. El valor del contrato era $577.746.100 con un anticipo del 30% y el 70% se pagaría *“[…] previo al ingreso en el almacén y certificación a satisfacción firmada por el Interventor del contrato […]”*.

111. El plazo era de dos meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

112. El contrato fue suspendido el 26 de octubre de 2011[45] y reiniciado y modificado el 23 de diciembre de 2011 en el sentido de cambiar las marcas de algunos ítems dada la falta de disponibilidad de estas. Nuevamente fue suspendido el 26 de diciembre de ese año y reanudado el 8 de febrero de 2012[46].

113. Finalmente, el negocio fue liquidado el 4 de mayo de 2012 como consta en la respectiva acta de liquidación, la cual fue suscrita por el entonces director del hospital, el contratista y el interventor[47].

114. Como puede apreciarse, se demostró que el proceso precontractual y la mayor parte de la ejecución contractual del contrato núm. 050 de 2011 se adelantó durante la dirección y representación del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez, si se tiene en cuenta que su retiro fue el 12 de diciembre de 2011, fecha en la cual el contrato se encontraba en etapa de suspensión.

---

[43] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *“PRF-009-2014 ARAUCA”, subcarpeta “PRINCIPAL 1”, subcarpeta “33_CDFolio 141” subcarpeta “HALLAZGO 73 C-50”, subcarpeta “CARPETA SEIS”, documento “17_20110816_Calificación comité de compras_Fls_68-79”.*
[44] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *“PRF-009-2014 ARAUCA”,* subcarpeta *“PRINCIPAL 1”,* documento *“21_20110829_Contrato 050-2011 acompañado de actas de suspensión, reanudación y adiciones_Fls_97-101”.*
[45] Esta suspensión se encuentra suscrita por el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez.
[46] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *“PRF-009-2014 ARAUCA”,* subcarpeta *“PRINCIPAL 1”,* subcarpeta *“33_CDFolio 141”* subcarpeta *“HALLAZGO 73 C-50”,* subcarpeta *“CARPETA SEIS”,* documento *“22_20111223_Actas de modificación, suspension, reinicio_Fls_102-107”.*
[47] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *“PRF-009-2014 ARAUCA”,* subcarpeta *“PRINCIPAL 1”, subcarpeta “33_CDFolio 141”* subcarpeta *“HALLAZGO 73 C-50”, subcarpeta “CARPETA SEIS”,* documento *“27_S-F_Acta de liquidación _Fls_128-129”.*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

115. Ahora bien, conforme a lo establecido en el manual de contratación del hospital vigente para el año 2011[48], acuerdo núm. 189 de 2008[49], para adelantar una contratación de menor cuantía a través del comité de compras o adquisición de servicios era necesario que el valor de los bienes o servicios que se adquirirían superara los 543 SMLMV y fuera menor a 1200 SMLMV.

116. En el presente caso, el valor del contrato fue de $577.746.100, suma que para el año 2011 correspondía a 1.079 SMLMV[50], por lo tanto, el procedimiento que le resultaba aplicable era el previsto en el artículo 2 del mencionado acuerdo, el cual expresamente señalaba:

> *"[…]* ***ARTICULO SEGUNDO:*** *Modificar el artículo 14 del Acuerdo No. 170 de 2007, el cual quedará así:*
>
> ***ARTÍCULO 14: CONTRATACIÓN POR COMITÉ DE COMPRAS O ADQUISICIÓN DE SERVICIOS, DE MENOR CUANTÍA****:* ***El Director*** *del Hospital San Vicente de Arauca ESE, podrá contratar por esta modalidad,* ***previa evaluación de las propuestas por parte del Comité de Compras o Adquisición de Servicios****, quien realizado dicho procedimiento recomendará la mas favorable,* ***cuando el valor de los bienes o servicios que se adquirirán, sea mayor a 543 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, hasta 1200 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes****.*
>
> *Para éste tipo de contratación se requiere de:*
>
> ***a.- Adelantar estudios previos que justifiquen la necesidad de la contratación***
>
> *b.- Obtener certificado de disponibilidad presupuestal, conforme a lo previsto en el artículo 71 del Decreto Ley 111 de 1996, y el artículo 19 del Decreto 568 de 1996.*
>
> *c.- Elaborar unos términos de referencia, en los que se consignen mínimo los siguientes datos:*
>
> *-El objeto del contrato*
> *-Los requisitos que debe acreditar el oferente*
> *-Características de los servicios, o bienes que requiere La Empresa.*
> *-Presupuesto oficial*
> *-Plazo para presentar la oferta*
> *-Documentos que debe presentar el oferente*
> *-Forma de calificación jurídica, financiera y técnica*
>
> *d.- Publicación de los términos de referencia y convocatoria pública, en cartelera por 3 días hábiles*
>
> *e.- Recibo de las ofertas que se presenten*
>
> *f.- Selección de la mejor oferta, por parte del comité compras y adquisición de servicios*
>
> *El proceso para contratar por esta modalidad es el siguiente:*
>
> *1.* ***El Director del Hospital San Vicente de Arauca ESE, una vez cuente con la justificación de la necesidad del bien o servicio, la disponibilidad presupuestal***

---

[48] De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, las empresas sociales del estado se rigen por el derecho privado. El Ministerio de Salud y Protección Social reguló la posibilidad de que las Empresas Sociales del Estado elaboraran sus manuales de contratación en el artículo 17 de la Resolución 5185 de 4 de diciembre de 2013.
[49] *"[…] POR EL CUAL SE MODIFICA EL MANUAL DE CONTRATACIÓN DEL HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA ESE […]"*.
[50] El valor del salario mínimo para el año 2011, sin auxilio de transporte, correspondía a $535.600.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

***y los términos de referencia**; realizará la respectiva convocatoria pública de los mismos, invitando a las personas naturales o jurídicas interesadas en participar, para que presenten sus respectivas propuestas. Dicha invitación se fijará en cartelera de la entidad hospitalaria por el término de 3 días hábiles precisándose que en los términos de referencia, se fijará el plazo para presentar las ofertas.*

*[…] 2. **Presentadas las propuestas, estas serán estudiadas por el Comité de Compras o Adquisición de Servicios del Hospital**, en la fecha señalada para dicha finalidad; para lo cual se procederá de acuerdo al respectivo termino de referencia, que se haya elaborado para cada contratación; realizando en consecuencia su calificación, según lo determinado en dicho documento.*

El Comité de Compras o Adquisición de Servicios del Hospital San Vicente de Arauca ESE, estará integrado por:

-El Director
-El Subdirector Administrativo, quien lo presidirá en calidad de Secretario Técnico del mismo
-El Líder de Gestión Financiera
-El Almacenista General
-El Asesor Jurídico
-El Representante de los Empleados del Hospital, elegido por ellos mismos
-El Representante de la Asociación de Usuarios, elegido por ellos mismos

El Comité de Compras, podrá invitar a cualquier funcionario del Hospital, bien sea empleado público o trabajador oficial, e incluso vinculado por la modalidad de contrato, con la finalidad que brinde a sus miembros, ilustración recomendaciones de índole técnico, que sean indispensables para la evaluación y calificación de las ofertas.

Si el Comité de Compras del Hospital San Vicente de Arauca ESE, considera necesario concertar el precio de los bienes o servicios, al igual que conocer especificaciones de los mismos; podrá citar a las personas que presenten sus ofertas, para que asistan a una audiencia especial en la cual se dirima al respecto.

En dicho caso se fijará de manera inmediata, fecha y hora para dicha finalidad, no decidiendo el comité de compras, hasta que la misma se practique.

*OBSERVACION: **El Comité de Compras y Adquisición de Servicios, estudia y califica las propuestas, para recomendar al Director del Hospital, la mejor oferta**; debiendo en consecuencia diligenciar el respectivo formato de calificación de cada una de ellas, y levantar el acta del caso […]".*

117. Conforme lo dispuesto en el referido manual, para adelantar el proceso de contratación por comité de compras o adquisición de servicios de menor cuantía el director debía contar con: i) la identificación de la necesidad de la contratación, es decir con los respectivos estudios previos; ii) el certificado de disponibilidad presupuestal; y iii) los términos de referencia.

118. Una vez contara con esos tres documentos, el director debía realizar la respectiva convocatoria pública para lo cual invitaba a las personas naturales o jurídicas interesadas en participar para que presentaran sus propuestas. Presentadas las propuestas, el comité las estudiaba de acuerdo con los términos de referencia proporcionando la respectiva calificación.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

119. Se resalta que el director del hospital hacía parte del comité y que era él quien, por recomendación del órgano colegiado, decidía a qué proponente se le adjudicaba el contrato pues la calificación emitida por el comité era una mera recomendación.

120. Teniendo en cuenta el procedimiento expuesto y lo probado en el proceso, la Sala encuentra que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez no cumplió con los deberes a su cargo ni con el manual de contratación de la entidad que representaba, toda vez que al momento de dar apertura al proceso de selección no contaba con los estudios previos en los que se identificara la necesidad de la contratación.

121. Dicho documento resultaba de vital importancia porque en el mismo se debía establecer e identificar la necesidad que se pretendía satisfacer en desarrollo del principio de planeación que inspira la actividad contractual del Estado, conforme lo dispuesto en el artículo 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

122. Al respecto se pronunció la Sección Tercera - Subsección C de esta Corporación en la sentencia de 28 de marzo de 2012[51], en la que estableció que los estudios previos tienen como finalidad *"[…] cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista […]*".

123. El perjuicio fue identificado en el informe final de resultados - Actuación especial de fiscalización - Hospital San Vicente de Arauca de junio de 2013[52], elaborado por la Contraloría General de la República – Contraloría Auxiliar Departamental, en el que se consignó lo siguiente:

> *"[…] Se evidenciaron irregularidades con presunta connotación fiscal relacionadas con la contratación para el suministro de medicamentos y equipos biomédicos cuyos precios fueron cotejados,* ***por el equipo de la actuación especial, con precios del mercado en iguales condiciones de tiempo, modo y lugar evidenciando la existencia de sobrecostos esto con evidente compromiso de los principios de economía, eficiencia y eficacia (por falta de planeación, ausencia de estudios previos y falta de estudios de mercado a efectos de garantizar la adquisición de bienes con las mejores condiciones que el mercado puede ofrecer) lo que de plano impidió la maximización de los resultados con los recursos asignados****.*
>
> *[…] Por otra parte, se pudo establecer que en relación con los* ***Contratos Nos 050*** *de 2011, 045 de 2011, 044 de 2011, 043 de 2011 y 042 de 2011 celebrados mediante las modalidades denominadas "Contratación Directa de Mínima Cuantía" presupuesto hasta 543 SMLMV y "Contratación por Comité de Compras" presupuesto desde 543 SMLMV hasta 1.200 SMLMV (Según Manual de Contratación de la ESE) y cuyos objetos fueron la adquisición de insumos medico quirúrgicos y medicamentos se evidencio un presunto fraccionamiento contractual con miras a evitar la realización de procesos de selección con mayores garantías de concurrencia y competencia entre*

---

[51] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, radicación núm. 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471), M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, demandante Pablo Emilio Martínez Enciso.

[52] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"*, subcarpeta *"33_CDFolio 141"* subcarpeta *"HALLAZGO 73 C-50", subcarpeta "CARPETA SEIS"*, documento *"INFORME FINAL DE ARAUCA 2013 liberado"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

proponentes ("Contratación Pública de Mayor Cuantía" presupuesto superior a 1.200 SMLMV).

Se evidencio que la ESE Hospital San Vicente de Arauca no dio cumplimiento a los procedimientos de selección incorporados en su Manual de Contratación e incluso se determinó la violación de principios presupuestales aplicables a todas las entidades públicas sin excepción del régimen especial de contratación que le asista, *en este caso: a) Se asumieron compromisos que no tenían respaldo en certificado de disponibilidad presupuestal y por lo tanto sin registro presupuestal; b) Se determinó que la ESE Hospital San Vicente de Arauca adquirió bienes (los cuales ingresaron y salieron del almacén sin ningún soporte contractual) sin que existiera el respectivo contrato u orden de compra; c) Se determinó en lo referente a recurso humano la prestación de servicios y realización de diversos tipos de actividades sin que mediara la correspondiente orden de servicios o contrato de prestación de servicios, situaciones que comprometen la responsabilidad de la Entidad y la exponen a reclamaciones económicas y procesos judiciales.*

Se hizo evidente las debilidades que la Entidad tienen en materia de planeación de la contratación, por falencia de los debidos y suficientes estudios financieros, técnicos y jurídicos que soportaran las contrataciones que se pretendían celebrar, en este orden de ideas, fueron reiterativas las deficiencias en materia de estudios de mercado, fundamentación de las modalidades de selección, soporte de los presupuestos de contratación y condiciones de selección y evaluación de los proponentes.

[…] Finalmente, en relación con el Manual de Contratación de la ESE Hospital San Vicente de Arauca adoptado mediante Acuerdo 170 de 2007 y modificado por Acuerdo 189 de 2008, se evidencio afectación de los siguientes principios de la función pública: a) Principio de Publicidad, por cuanto no existen mecanismos que garanticen, en relación con la modalidad de "Contratación Directa de Mínima Cuantía" y "Contratación por Comité de Compras", la publicidad y el conocimiento de los procesos de contratación por parte de posible oferentes o proponentes, esto aclarando que el único mecanismo de publicidad efectivo corresponde a la publicación en la página Web de la ESE mecanismo contemplado solo en relación con la modalidad denominada "Contratación Pública de Mayor Cuantía", esta situación limita la libre concurrencia de oferentes al proceso y por ende la libre competencia materializada en la selección del proponente que mejor satisfaga, según las condiciones de mercado, las necesidades de la Entidad (situación que no se satisface con la simple publicación en la cartelera de la ESE). Esto sin perjuicio de la afectación al principio de control social, pues se impide por esta vía que las veedurías ciudadanas y los ciudadanos en general puedan desarrollar control sobre la actividad contractual de la ESE; b) Atendiendo la limitación que la normativa interna en materia contractual de la ESE Hospital San Vicente de Arauca contiene en materia de publicidad, se pone en riesgo la materialización de los principios de transparencia, economía, celeridad, eficiencia y eficacia; c) En relación con el principio de responsabilidad no se evidencia que las funciones y obligaciones establecidas en materia de supervisión y de interventoría (Titulo VII artículos 43 y 44 de la Manual de Contratación) se encuentren ajustadas y actualizadas según lo normado en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 1474 de 2011 que delimitó los aspectos determinantes de las funciones de supervisión de las obligaciones de interventoría, así como el carácter de la responsabilidad solidaria entre supervisores, interventores y ordenadores del gasto; d) En relación con el principio de economía -planeación, eficacia y responsabilidad se observa que en materia de garantías exigibles a los contratistas las cuales se encuentran contenidas en el artículo 41 del Manual de Contratación, la ESE Hospital San Vicente de Arauca no ha efectuado su actualización atendiendo los criterios orientadores contenidos sobre la materia en el Decreto 734 de 2012 Titulo I Capítulos I, II y III.

[…] Por otra parte, se pudo establecer que en relación con los Contratos Nos 050 de 2011, 045 de 2011, 044 de 2011, 043 de 2011 y 042 de 2011 celebrados mediante

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

las modalidades denominadas "Contratación Directa de Mínima Cuantía" presupuesto hasta 543 SMLMV y "Contratación por Comité de Compras" presupuesto desde 543 SMLMV hasta 1.200 SMLMV (Según Manual de Contratación de la ESE) y ***cuyos objetos fueron la adquisición de insumos medico quirúrgicos y medicamentos se evidencio un presunto fraccionamiento contractual con miras a evitar la realización de procesos de selección con mayores garantías de concurrencia y competencia entre proponentes ("Contratación Pública de Mayor Cuantía" presupuesto superior a 1.200 SMLMV).***

*H****allazgo No. 73. Contrato 050 de 2011 Incidencia Fiscal, Disciplinaria y Penal***

Mediante Contrato No 050 de 2011 la E.S.E. HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, representado por el señor LUIS HERNANDO BALLESTEROS GUTIÉRREZ C.C. ***19.058.959*** *en su calidad de Gerente contrató con el establecimiento comercial INGENIERIA BIOMEDICA NIT 17591505-4 representada legalmente por el señor LUIS ALFONSO LAZARO SUAREZ - C.C. No 17.591.505, la "Adquisición de antibióticos y otros grupos farmacológicos para el desarrollo del proyecto de fortalecimiento del servicio integral para el manejo Materno Fetal para la prevención de la morbimortalidad materna" por un valor de $577.746.100,00.*

Como resultado de la verificación del contrato y su ejecución la Contraloría General de la República evidencio la existencia de presuntos sobrecostos estimados en la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y UN PESOS MCTE ($242.543.051,00) en los medicamentos, dispositivos médicos y materiales medico quirúrgicos adquiridos con el Contrato No 050. ***Lo anterior como resultado de la práctica de un estudio de mercado con proveedores de medicamentos, dispositivos médicos y materiales medico quirúrgicos en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar en los que fueron suministrados al Hospital con ocasión del contrato celebrado:***

[…] El estudio de mercado se practicó con la participación de las siguientes empresas Farmared S.A.S, Dota salud, Fleming Biomédica S.A.S, Hospioffice, Baxter, Genfar, Vitalis, a las cuales se les requirió presentación de la cotización con las misas características técnicas, de tiempo, modo y lugar, así como el valor de los elementos puestos en la ciudad de Arauca.

Por todo lo anterior, se evidencia que se hizo caso omiso de lo establecido en el articulo 209 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, las cuales consagran como principios de la función pública […] Finalmente se incurre en lo normado en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 que textualmente señala: "ARTICULO 6. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el (...) detrimento (...) recursos públicos., producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, (...) que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, (...) Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos (...)".

De la aplicación de los anteriores criterios, la Contraloría General de la República evidencia una gestión ineficiente y antieconómica en la asignación y manejo de los recursos del Contrato *por cuanto: a) No se maximizó con los recursos destinados los resultados perseguidos con el proyecto pues no se obtuvieron los bienes como resultado de la previa identificación de las condiciones de mercado lo que genero la existencia de sobrecostos; y b) No se obtuvieron los bienes contratados con el menor costo posible.* ***Lo anterior, como consecuencia de la omisión imputable a la Dirección de la ESE Hospital San Vicente de Arauca que no practicó los estudios de mercado que soportaran los presupuestos de contratación así como el valor de los bienes que se pretendían adquirir, lo que impidió que dichos elementos se adquirieran en las mejores condiciones que el mercado ofrecía.*** *Igual situación se predica del contratista quien a sabiendas de la*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

existencia de sobrecostos presento oferta y finalmente celebro contrato entregado bienes cuyos precios superaban los normales en el mercado.

Por otra parte, el equipo de la visita también evidencio en relación con el Contrato 050 de 2011 las siguientes irregularidades:

1. *En los Términos de referencia se especifican las marcas de los productos a ofertar sin que se justifique en el estudio previo desde el punto de vista técnico el porqué de su exigencia.*
2. *Los términos de referencia no incluyo la normatividad que debía aplicarse y requerirse a los proveedores que participen en la invitación lo anterior violatorio del Decreto 2200 de 2005 y Resolución 1403 de 2007.*
3. *Ninguno de los proponentes que participaron del proceso de selección (INGENIERIA BIOMEDICA, Y DISTRIBUCIONES Y SUMINISTROS S&S) se encuentran certificados y registrados en la Oficina Inspección, Vigilancia y Control (IVC) de medicamentos de la UAE Salud de Arauca tal y como lo contempla el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007 para el suministro de medicamentos.*
4. *El proponente adjudicado (INGENIERIA BIOMEDICA) NO CUMPLIA con el requisito de certificación y registro ante la respectiva Oficina de Inspección, Vigilancia y Control contemplado en el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007. Lo anterior adicionalmente agravado por el hecho que dicha proponente pretendió dar cumplimiento al requisito por medio de certificación expedida a la empresa FARMACIA ARAUCA S.A.S sin que existiera vinculo legal con la mencionada empresa (atendiendo que dicha propuesta no se presento bajo la forma de la Unión Temporal o del Consorcio).*
5. *No se evidencio la existencia de estudios previos con el concepto técnico del Comité de Farmacia quien tenía dentro de sus funciones la de sustentar por qué se solicitan esos tipos de medicamentos con las especificaciones y marcas.*
6. ***En los estudios previos del Contrato 050 de 2011 ni en el proyecto "Fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la Morbimortalidad materna, perinatal e infantil, existe un estudio técnico de los costos y marcas de los productos que se deben proveer.***
7. *El objeto del Contrato No 050 de 2011 no es coherente con el objeto del proyecto "Fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la Morbimortalidad materna, perinatal e infantil" por cuanto (sic).*
8. *No se evidencia ningún concepto técnico de evaluación del Químico Farmacéutico que sería la persona idónea para conceptuar como lo exige el Manual de Contratación de la ESE adoptado mediante Acuerdo 189 de 2008.*
9. ***Se evidencia que si bien el Contrato interadministrativo 005 de 2011, contiene los anexos de los insumos de medicamentos el cual se compromete el Hospital a adquirir, el Hospital fracciono los contratos que hacen parte del Contrato Interadministrativo 005 para adjudicar lo referente a medicamentos como se evidencia la adjudicación del contrato 043 de 2011, 047 de 2011, 050 de 2011 cuyo objetos son iguales, rubros presupuestales iguales**.*
10. *No se evidencia acta de iniciación, ni informes de seguimiento de la interventoría.*

Por lo anterior, estas irregularidades materializadas en irregularidades de estudios previos, falta de análisis de mercados, y requisitos esenciales para la adjudicación y celebración del contrato pueden constituir hechos con presunta incidencia penal y disciplinaria.

El hallazgo, tendrá como causa la falta de aplicación de los principios de la función pública y el control fiscal, falta de estudios previos y de mercado, así como ausencia de controles sobre la actividad contractual de la ESE Hospital San Vicente de Arauca y debilidades de la Oficina de Control Interno, lo que produce decisiones antieconómicas, ineficientes que causan detrimento económico al Departamento de Arauca.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

El presente hallazgo tendrá incidencia fiscal, disciplinaria y penal.

[…] ***5.2. CONCLUSIONES FINALES FRENTE AL SEGUNDO OBJETIVO***

1. Se evidenciaron irregularidades con presunta connotación fiscal relacionadas con la contratación para el suministro de medicamentos y equipos biomédicos por sobrecostos esto con evidente compromiso de los principios de economía, eficiencia y eficacia, dada la falta de planeación, ausencia de estudios previos y falta de estudios de mercado a efectos de garantizar la adquisición, por parte de la ESE Hospital San Vicente de Arauca, de bienes en las mejores condiciones que el mercado, podía ofrecer, lo que impidió la maximización de los resultados con los recursos asignados.

2. Se identificaron debilidades de supervisión, control e interventoría respecto de los contratos que fueron objeto de análisis y revisión, situación que se materializo en la ausencia de informes y soportes de la actividad desplegada por los funcionarios y/o contratistas que asumieron las labores de supervisión e interventoría, esto comprometiendo los principios de la función pública de responsabilidad y transparencia.

3. La ESE Hospital San Vicente de Arauca no dio cumplimiento a los procedimientos de selección incorporados en su Manual de Contratación e incluso se determinó la violación de principios presupuestales aplicables a todas las entidades públicas sin excepción del régimen especial de contratación que le asista, en este caso: a) Se asumieron compromisos que no tenían respaldo en certificado de disponibilidad presupuestal y por lo tanto sin registro presupuestal; b) Se determinó que la ESE Hospital San Vicente de Arauca adquirió bienes (los cuales ingresaron y salieron del almacén sin ningún soporte contractual) sin que existiera el respectivo contrato u orden de compra; c) Se determinó en lo referente a recurso humano la prestación de servicios y realización de diversos tipos de actividades sin que mediara la correspondiente orden de servicios o contrato de prestación de servicios, situaciones que comprometen la responsabilidad de la Entidad y la exponen a reclamaciones económicas y procesos judiciales.

4. En relación con los Contratos Nos 050 de 2011, 045 de 2011, 044 de 2011, 043 de 2011 y 042 de 2011 celebrados mediante la modalidad denominada "Contratación Directa de Mínima Cuantía" presupuesto hasta 543 SMLMV y "Contratación por Comité de Compras" presupuesto desde 543 SMLMV hasta 1.200 SMLMV (Según Manual de Contratación de la ESE) y cuyos objetos fueron la adquisición de insumos médico quirúrgicos y medicamentos se evidencio un presunto fraccionamiento contractual con miras a evitar la realización de procesos de selección con mayores garantías de concurrencia y competencia entre proponentes ("Contratación Pública de Mayor Cuantía" presupuesto superior a 1.200 SMLMV).

5. La Entidad para las vigencias objeto de la Actuación Especial Fiscal (vigencias 2010, 2011 y 2012) presentó debilidades en materia de planeación de la contratación, por falencia de los debidos y suficientes estudios financieros, técnicos y jurídicos que soportaran las contrataciones que se pretendían celebrar, en este orden de ideas, fueron reiterativas las deficiencias en materia de estudios de mercado, fundamentación de las modalidades de selección, soporte de los presupuestos de contratación y condiciones de selección y evaluación de los proponentes […]" (negrilla fuera del texto).

124. Posteriormente, en el documento Hallazgo fiscal – Formato de entrega a la Contraloría Auxiliar de Regalías de fecha 24 de julio de 2013[53] se consignaron las conclusiones a las que llegó el ente de control luego de la auditoría realizada a la

[53] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1", subcarpeta "33_CDFolio 141" subcarpeta "HALLAZGO 73 C-50"*, documento *"F_T_Hallazgo No.73 Contrato 050 de 2011"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca respecto del contrato núm. 050 de 2011, en los siguientes términos:

> *"[…]*
> 1. *En los Términos de referencia se especifican las marcas de los productos a ofertar sin que se justifique en el estudio previo desde el punto de vista técnico el porqué de su exigencia.*
> 2. *Los términos de referencia no incluyo la normatividad que debía aplicarse y requerirse a los proveedores que participen en la invitación lo anterior violatorio del Decreto 2200 de 2005 y Resolución 1403 de 2007.*
> 3. *Ninguno de los proponentes que participaron del proceso de selección (INGENIERIA BIOMEDICA, y DISTRIBUCIONES Y SUMINISTROS S&S) se encuentran certificados y registrados en la Oficina Inspección, Vigilancia y Control (IVC) de medicamentos de la UAE Salud de Arauca tal y como lo contempla el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007 para el suministro de medicamentos.*
> 4. *El proponente adjudicado (INGENIERIA BIOMEDICA) NO CUMPLIA con el requisito de certificación y registro ante la respectiva Oficina de Inspección, Vigilancia y Control contemplado en el Decreto 2200 de 2005 y la Resolución 1403 de 2007. Lo anterior adicionalmente agravado por el hecho que dicho proponente pretendió dar cumplimiento al requisito por medio de certificación expedida a la empresa FARMACIA ARAUCA S.A.S sin que existiera vinculo legal con la mencionada empresa (atendiendo que dicha propuesta no se presento bajo la forma de la Unión Temporal o del Consorcio).*
> 5. *No se evidencio la existencia de estudios previos con el concepto técnico del Comité de Farmacia quien tenía dentro de sus funciones la de sustentar por qué se solicitan esos tipos de medicamentos con las especificaciones y marcas.*
> 6. *En los estudios previos del Contrato 050 de 2011 ni en el proyecto "Fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la Morbimortalidad materna, perinatal e infantil", existe un estudio técnico de los costos y marcas de los productos que se deben proveer.*
> 7. *El objeto del Contrato No 050 de 2011 no es coherente con el objeto del proyecto "Fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la Morbimortalidad materna, perinatal e infantil" por cuanto*
> 8. *No se evidencia ningún concepto técnico de evaluación del Químico Farmacéutico que sería la persona idónea para conceptuar como lo exige el Manual de Contratación de la ESE adoptado mediante Acuerdo 189 de 2008.*
> 9. *Se evidencia que si bien el Contrato interadministrativo 005 de 2011, contiene los anexos de los insumos de medicamentos el cual se compromete el Hospital a adquirir, el Hospital fracciono los contratos que hacen parte del Contrato Interadministrativo 005 para adjudicar lo referente a medicamentos como se evidencia la adjudicación del contrato 043 de 2011, 047 de 2011, 050 de 2011 cuyo objetos son iguales, rubros presupuestales iguales.*
> 10. *No se evidencia acta de iniciación, no informes de seguimiento de la interventoría […]".*

125. En el mismo documento se dejó consignado que luego de poner en conocimiento del "*[…] sujeto de control […]*" las observaciones comunicadas por la Contraloría General de la República el 12 de marzo de 2013 por medio de radicado núm. SIGEDOC No 2013EE0017871[54], no se presentó respuesta.

126. Como puede advertirse, el demandante quebrantó los principios que rigen la contratación estatal en especial el de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual los servidores públicos están obligados a buscar

[54] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 1"* documento *"29_20130312_Informe de resultados_Fls_131"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad.

127. El daño patrimonial se concretó en el sobrecosto determinado por la Contraloría, derivado de las deficiencias en la planeación de la contratación, particularmente de la falta de un análisis que sustentara adecuadamente el valor estimado del contrato y explicara la metodología utilizada para calcular los precios de los productos que se pretendían adquirir. Esa ausencia de soporte económico se reflejó en la diferencia advertida por el órgano de control entre los valores contratados y los precios obtenidos mediante el estudio de mercado que practicó posteriormente.

128. Por tal razón, la argumentación expuesta por la contraloría en los actos demandados es compartida por esta Sala en el entendido que el daño patrimonial fue ocasionado por la omisión del señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez en el cumplimiento de los deberes que en materia contractual le correspondían como representante legal de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca.

129. También desconoció sus deberes funcionales de administrar los bienes y los recursos que eran parte del patrimonio de la entidad y velar por la correcta aplicación de los recursos, como se establece el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80.

130. Asimismo, como encargado de suscribir los contratos de la entidad que representaba tenía el deber constitucional, legal y funcional de dar cumplimiento a los principios que inspiran la contratación pública, las cuales le exigían verificar que la identificación de la necesidad a satisfacer, así como del valor a contratar se ajustaran a los valores reales del mercado.

131. Tal omisión determinó que la entidad pagara un mayor valor por los bienes objeto del contrato, sobrecosto que se habría evitado de haberse observado dichos deberes.

132. En ese contexto, se observa que el daño patrimonial estuvo debidamente identificado por la contraloría al adelantar la labor de estudio del mercado que no efectuó el accionante ni garantizó que se realizara.

133. Igualmente, está probada la conducta gravemente culposa del ex funcionario y el nexo causal, pues el ente de control identificó que tenía un deber funcional concreto de manejo, control, custodia, verificación y decisión respecto de los recursos afectados, y que ese proceder era la causa eficiente e idónea del detrimento patrimonial.

134. Por lo tanto, el argumento de que se desconocieron los elementos que integran la responsabilidad fiscal por una indebida valoración probatoria no está llamado a prosperar.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

V.3.2. El presunto desconocimiento de las competencias de otros funcionarios

135. El apelante afirmó que se le atribuyó responsabilidad por una función que no le correspondía, en razón a que el análisis de precios le correspondía al comité de compras y adquisiciones, a la Oficina Asesora Jurídica y a la Oficina de Planeación. Además, aseguró que no era el responsable de elaborar los estudios previos, razón por la que responsabilizarlo por todo implicaba desconocer el principio de confianza legítima y aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, el cual está proscrito.

136. El artículo 6 de la Ley 610 precisó que el daño al patrimonio *"[…] 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*** *[…]"* (negrilla fuera del texto).

137. Conforme a la norma *supra*, la responsabilidad fiscal puede recaer sobre servidores públicos o particulares que, estando jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, hayan contribuido de manera decisiva al daño patrimonial mediante una acción u omisión.

138. La Corte Constitucional precisó en la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001 que la expresión *"[…] contribuyan […]"* no amplía la responsabilidad fiscal a cualquier persona, sino que comprende aquellos eventos en los que el detrimento se produce de forma directa o con la intervención relevante de quien tiene relación funcional y jurídica con los bienes o recursos públicos afectados. Por ello, el proceso de responsabilidad fiscal solo procede frente a quienes tienen titularidad jurídica, capacidad de manejo o poder decisorio sobre los fondos o bienes estatales comprometidos.

139. Con sustento en la normativa y jurisprudencia citadas *supra*, para que proceda un fallo con responsabilidad fiscal, la contraloría debe demostrar que el investigado tenía un deber funcional concreto de manejo, control, custodia, verificación o decisión respecto de los recursos afectados, y que su conducta dolosa o gravemente culposa fue causa eficiente e idónea del detrimento patrimonial.

140. Conforme al artículo 26 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección recae en el jefe o representante de la entidad, quien no puede trasladarla a los comités asesores ni a los demás organismos de la entidad, lo que descarta que la existencia de otras dependencias exonere al director.

141. La Sala precisa que la responsabilidad fiscal endilgada al demandante no se fundamentó únicamente en que desempeñaba el cargo de director, sino en la incidencia directa y determinante de su conducta en la gestión fiscal.

142. El demandante actuaba como representante legal y ordenador del gasto con facultades para disponer la apertura del proceso de selección, dirigir su desarrollo, suscribir el contrato y adoptar las medidas necesarias para su adecuada supervisión

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

y control, competencias cuyo ejercicio irregular contribuyó a la producción del daño patrimonial investigado.

143. Por ello, el hecho de que otras dependencias de la entidad tuvieran la responsabilidad de participar en la etapa precontractual del proceso de selección adelantado por el hospital, no desconoce el principio de confianza legitima, ni implicaba que el señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez contara con un mecanismo que le permitiera ejercer la actividad contractual al margen de los principios y disposiciones que regían la contratación estatal.

144. Por el contrario, la desconcentración de funciones atiende a una forma de organización administrativa orientada a facilitar el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco de la Constitución y la ley, sin relevar al funcionario de los deberes de dirección, control y vigilancia que le asisten.

145. En consecuencia, el hecho de que otros profesionales de la entidad hubiesen participado del proceso precontractual no implica que el aquí demandante haya actuado diligentemente y conforme lo esperado para una persona que ostenta un cargo directivo en una entidad de salud del Estado.

146. Se reitera que el demandante estaba sujeto al principio de responsabilidad previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, según el cual los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

147. Asimismo, esta Corporación[55] ha precisado que las omisiones o equivocaciones de las áreas asesoras no exoneran al director en su condición de representante legal y ordenador del gasto, y que la imputación a título de culpa grave, individualizada a partir de la conducta que contribuyó al detrimento, no configura una responsabilidad objetiva.

148. Precisamente, el artículo 119 de la Ley 1474 señala que *"[…]* ***en los procesos de responsabilidad fiscal****, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre* ***la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente*** *de* ***sobrecostos en la contratación*** *u otros hechos irregulares,* ***responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial*** *[…]"* (negrilla fuera del texto).

149. En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

---

[55] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 19 de mayo de 2016, C.P. María Elizabeth García González, radicación núm. 68001-23-33-000-2013-01024-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 25 de septiembre de 2025, C.P. Pablo Andrés Córdoba Acosta, radicación núm. 25000-23-41-000-2017-00913-02.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

V.3.3. Las pruebas presuntamente no valoradas y su relación con el daño patrimonial

150. El apelante argumentó que la contraloría no valoró el Contrato Interadministrativo 005 de 2011, celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, del cual se derivó la adquisición de los medicamentos objeto del Contrato 050 de 2011. Aunado a ello, los productos cuestionados se adquirieron por debajo de los precios históricos manejados por el Hospital, circunstancia que desvirtuaba la existencia del sobrecosto.

151. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 5[56] de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007[57], la selección objetiva se produce cuando la escogencia del contratista se hace a la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores subjetivos.

152. Por consiguiente, el sobrecosto se configura cuando existe una incongruencia entre el valor de los bienes o servicios adquiridos y la realidad del mercado que afecta el principio de selección objetiva.

153. En la sentencia de 10 de marzo de 2005[58], la Sección Tercera explicó que un sobrecosto en la contratación pública se determina a través de los precios reales del mercado, entendidos como aquellos que puede tener un determinado bien o servicio en un lugar y momento específicos, bajo las circunstancias concretas en que se realiza la operación y según variables como cantidad, calidad y especialidad.

154. Allí se destacó que "*[…] el estudio previo de los precios del mercado, permitirá entonces a la Administración determinar, al momento de evaluar las propuestas que reciba, si las mismas guardan una relación equilibrada con aquellos, o si resultan demasiado altas, de tal forma que deban ser descalificadas […]*".

155. Esta Sección en sentencia de 15 de septiembre de 2016[59] precisó que la lesión patrimonial en el proceso de responsabilidad fiscal debe haberse producido realmente, *"[…] esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable […]"*.

---

[56] *"[…]* ***ARTÍCULO 5. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.*** *Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*
1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos […]".

[57] *"[…] Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos […]".*

[58] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación núm. 25000-23-26-000-2003-01195-01 (AP).

[59] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de septiembre de 2016, C.P. María Elizabeth García González, radicación núm. 25000-23-41-000-2013-02564-01.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

156. Por ello, en las sentencias de 30 de enero de 2020[60], 11 de febrero de 2021[61], 30 de septiembre de 2021[62] y 7 de abril de 2022[63], se complementó que el daño derivado de un sobrecosto debe acreditarse a partir de estudios comparables, pues no puede inferirse de la configuración de una irregularidad en materia de planeación.

157. Conforme a los precedentes citados, la comparación utilizada para demostrar el sobrecosto debe permitir establecer el precio real de mercado conforme a la identidad y características del producto, marca o laboratorio, presentación, cantidad, época de adquisición, ubicación geográfica, condiciones de pago, transporte, entrega, impuestos y demás costos que incidan objetivamente.

158. En la sentencia de 11 de febrero de 2021 también se consideró que la modificación de la cuantía del detrimento durante el procedimiento no implicaba el desconocimiento del debido proceso cuando obedecía a la valoración de la prueba[64].

159. En la sentencia de 30 de septiembre de 2021, la Sala concluyó que los precios promedio de otro hospital en un análisis de sobrecostos por compra de medicamentos no permitían determinar el verdadero precio de mercado si no se demostraba previamente la comparabilidad técnica y económica de los bienes[65].

160. La Sala encuentra probado que el contrato interadministrativo núm. 005 de 2011 fue suscrito el 29 de junio de 2011[66] por la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, como contratante, y la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, como contratista, cuyo objeto era *"[…] fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno fetal para la prevención de la morbimortalidad materna, perinatal e infantil en los Hospitales San Vicente de Arauca Departamento de Arauca […]".*

161. El valor del contrato era por $8.400.000.000 y lo desembolsaba la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca. El plazo de ejecución era de seis meses a partir de la suscripción del acta de inicio.

162. En este contexto, la Sala considera que la existencia del contrato interadministrativo núm. 005 de 2011 no releva al demandante de su deber de

---

[60] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de enero de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación núm. 41001-23-31-000-1996-08597-01.
[61] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de febrero de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación núm. 08001-23-31-006-2002-02514-01.
[62] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de septiembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación núm. 08001-23-31-000-2012-00219-01.
[63] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de abril de 2022, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación núm. 66001-23-33-000-2013-00236-01.
[64] Concretamente se señaló que: *"[…] No se advierte violación de los derechos de audiencia y de defensa del actor, en tanto fue notificado de las providencias que se profirieron en el curso del proceso de responsabilidad fiscal; sus argumentos fueron tenidos en cuenta al momento de proferir las providencias cuya nulidad se solicita y contó con la oportunidad para cuestionar las decisiones que le resultaron adversas y que, incluso, fueron corregidas parcialmente a su favor, como pudo evidenciarse en las modificaciones que hizo la **CGR** en lo concerniente a la estimación de los sobrecostos que conllevaron a la disminución del detrimento patrimonial determinado en el fallo con responsabilidad fiscal, el cual varió de $144.011.944 a $100.546.812. […]".*
65 Al respecto se señaló que: "*[…] En esas condiciones, el análisis del informe técnico con sus soportes no refleja el sobrecosto, dado que no determinó los verdaderos valores en el mercado para la fecha de compra de los insumos y medicamentos, por cuanto para su práctica se limitó a efectuar aproximaciones basadas en precios promedio de la E.S.E. Hospital Niño Jesús, no analizó los soportes contables de esa entidad pública y sus facturas para determinar que se tratara de los medicamentos e insumos con las mismas características (marca, laboratorio y origen (nacional o extranjero), así como la modalidad de compra […]".*
[66] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, subcarpeta *"PRINCIPAL 2"*, documento *"8_S-F_Sobre de manila con documentación anexa_Fls_212-268", páginas 2 a 5.*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

verificar que el contrato se soportara en estudios previos y de mercado idóneos que justificaran el valor del contrato de compraventa núm. 050 de 2011, en la medida que, es precisamente la omisión de ese deber, la que dio lugar a los sobrecostos constitutivos del detrimento.

163. El contrato interadministrativo constituye una modalidad contractual autónoma prevista en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según lo dispuesto en el numeral 4, literal c), del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007[67], cuya finalidad es atender una necesidad estatal mediante la provisión de bienes o la prestación de servicios entre entidades públicas. Por esta razón, su celebración exige el cumplimiento de las etapas precontractual, contractual y post contractual, con observancia de los principios que rigen la contratación estatal.

164. Por lo tanto, no es posible justificar la insuficiencia de los estudios previos del contrato de compraventa núm. 050 de 2011, en el clausulado del contrato interadministrativo, pues se trata de dos negocios jurídicos distintos que de forma independiente debían respetar lo previsto en los principios que inspiran la contratación estatal.

165. El hecho que los medicamentos fueran necesarios para desarrollar el contrato interadministrativo núm. 005 de 2011[68] y que los recursos se hubieran destinados efectivamente a esa finalidad, no excluye la configuración del sobrecosto.

166. De igual forma, la circunstancia de haberse recibido tres propuestas y seleccionar la de Ingeniería Biomédica, tampoco demuestra que el valor contratado coincidiera con el precio de mercado. El procedimiento de selección señalado en los términos de referencia permite identificar cuál de las ofertas recibidas es menos onerosa, pero no demuestra que los valores que sirven de base correspondan objetivamente al mercado.

167. Incluso el informe final de la contraloría evidenció que el hospital fraccionó las actividades que hacían parte del Contrato Interadministrativo núm. 005 de 2011 para adjudicar por separado lo referente a medicamentos.

168. En cuanto a la prueba del sobrecosto, el informe del Hallazgo Fiscal 73 partió de la comparación entre los valores adjudicados y un estudio realizado con información solicitada a Farmared S.A.S., Dota Salud, Fleming Biomédica S.A.S., Hospioffice, Baxter, Genfar y Vitalis[69].

169. A esas empresas se les requirió información con características técnicas y circunstancias de tiempo, modo y lugar comparables y con el valor de los productos puestos en la ciudad de Arauca.

---

[67] *"[…] Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos […]".*

[68] La E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca como contratista del contrato interadministrativo núm. 005 de 2011 tenía la siguiente obligación *"[…] los insumos necesarios a suministrar en cada actividad integral del contrato deberán adquirirse preferiblemente con los laboratorios que los producen y/o comercializan cuando se trata de contratación directa, en otros eventos, según disponga la ley o manual de contratación de la ESE, deberán invitárseles preferencialmente […]*".

[69] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA",* documento denominado "*PRF 009-2014_Carpeta Principal 5_Fl 811-1015_1*", página 319.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

170. La actuación de auditoría señaló que no se acudió exclusivamente a las cotizaciones privadas, sino que se tuvo en cuenta información del SISMED correspondiente a 2010-2011, así como IVA, gastos de legalización contractual y fletes de transporte[70].

171. Frente al reparo relacionado con el desconocimiento de los antecedentes históricos de los precios adquiridos por el hospital, en el plenario se acreditó que esas muestras no eran comparables con la contratación del año 2011, tal y como lo precisa el fallo de responsabilidad fiscal núm. 1463 en los siguientes apartados:

> *"[…] Dentro de la visita especial practicada en la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA, en fecha 24 de agosto de 2015, se solicitaron en la Oficina de Archivo todos los antecedentes precontractuales y post contractuales derivados del Contrato No. 050 de 2011, no encontrándose los estudios previos de precios de mercado, ni actas del Comité de Compra del año 2011. (Folio 1046 a 1048).*
>
> *Tampoco existe documento de comparación de precios de los medicamentos con los históricos que había manejado la Institución en años anteriores como lo afirma el Imputado,* ***en primer lugar porque cuando se solicitó los documentos precontractuales no se encontró dicho documento; en segundo lugar porque si se quiere realizar un estudio de mercado de precios serio debe respetarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar y las variantes como tener en cuenta la cantidad de unidades, marcas, forma de pago y demás, para que no se pague más o menos según el mercado el precio de ellos. Y, agotando inclusive este ejercicio con el plan de compras de los años 2010, los elementos adquiridos estipulan la mayoría de ellos marcas diferentes, y específicamente sobre los elementos*** *AMIKACINA 500 MG AMPOLLA, se compró marca CORPAUL, y el plan de compra 2010 referencia la marca VITALIS; AMIKACINA 100 MG AMPOLLA, no aparece referenciada en el plan de compras 2010; AMPICILINA AMPOLLA DE 500 GR, no parece en el plan de compras 2010; AMPICILINA AMPOLLA DE 1 GR, no aparece en el plan de compras 2010; AMPICILINA SULBACTAM AMPOLLA 1.5 GR, se compró marca RYAN, y en el plan de compra aparece marca CARLON, y en lapicero con tinta roja de reciente escritura (sana crítica) marca RYAN; CEFALOTINA AMP X 1 GR, se compró marca RYAN, y en el plan de compra 2010 se registra marca BLASKOV; CEFTRIAZONA AMPX 1GR, se compró marca RYAN, y en el plan de compra 2010 aparece como marca VITALIS; FLUCONAZOL se compró marca BUSSIE, en el plan de compra 2010, se registra la marca VITALIS; CLINDAMICINA AMP X 80 MG, se compró marca RYAN, el plan de compra 2010, se registra como marca LA SANTE; GENTAMICINA AMP X 80 MG, se compró marca CORPAUL, en el plan de compra 2010, se registra la marca CARLON; GENTAMICINA AMP 160 MG, se compró marca CORPAUL, en el plan de compra de 2010, no se registra; PIPERACILINA + TAZOBACTAM AM X 4,5 GR, se compró marca SUMIMED, en el plan de compra 2010, aparece es con marca VITALIS; VANCOMICINA se compró marca SUMIMED, en el plan de compra aparece marca BAXTER; AMINOACIDOS ESENCIALES 10% FRASCO 50 ML se compró marca BRAUN, en el plan de compras 2010, no aparece; HALOPERDOL AMP 5MG, se compró marca JANSENBIOTASC, en el plan de compra 2010, aparece marca MENPHIS; BROMURO IPRATROPIO se compró marca BAXTER, y en el plan de compra 2010, aparece con la marca BOEHRINGER; ISOFLURANO FRASCO X 120 ML se compró marca FEPARVI, en el plan de compra 2010, no aparece; METILPREDNISOLONA AMP X 500 GR, se compró marca CORPAUL, en el plan de compra 2010, aparece con la marca FENERVI. (Folio 1856 a 1861).*
>
> *En cambio en la adquisición que se cristalizó con el Contrato No. 050 de 2011,* ***todos los elementos tienen especificada su marca, y cantidad que se compró la cual también varía en el plan de compra de 2010.***

[70] *Ibidem*, página 386.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

> *Tampoco es razón justificada que por ser zona de orden público difícil los precios son más elevados, si la situación social para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 es la misma al igual que en el año en curso. Lo anterior dentro de la sana crítica por ser un hecho notorio las situaciones que suceden a diario.*
>
> *Todos estos aspectos hacen que* ***la comparación histórica que manifiesta el Imputado es solo un decir, pero que para que tuviera crédito debió haberlo probado, inclusive en un momento dado lo cual repito no ocurrió.*** *Por lo que las razones que se expusieron en el Auto de Imputación de responsabilidad fiscal se mantienen incólume para no haber apreciado los precios históricos, si las variables que a título de ejemplo se exponen no permiten que esta comparación sea procedente. Y, ello se da con todos los elementos adquiridos con el Contrato No. 050 de 2011. […]"* (negrilla fuera del texto).

172. Esos antecedentes de precios no eran un estudio técnicamente equivalente del precio de mercado aplicable al contrato núm. 050, porque de esa información no se pueden inferir las características del producto, cantidades, marcas y condiciones de pago.

173. Igual acontece frente a los precios registrados en la edición de Farmaprecios de marzo y abril de 2011. Mediante Auto núm. 0254 de 21 de febrero de 2017[71] la contraloría consideró que la publicación no permitía conocer la forma de adquisición al por mayor, metodología de pago, transporte y entrega en el Hospital de Arauca.

174. Aunado a ello, al requerir a Farmaprecios información bajo condiciones comparables a las de la contratación, esa fuente manifestó que la estructura de *"[…] precios sugeridos […]"* de su publicación estaba dirigida a farmacias independientes y que, en su condición de guía, no certificaba ni establecía precios de mercado[72].

175. Incluso en el plenario no se demostró que la Oficina de Planeación elaborara un estudio de mercado. Por el contrario, se probó que la contraloría fijó el daño patrimonial teniendo en cuenta los bienes efectivamente suministrados y pagados.

176. Mediante Auto núm. 1081 de 13 de agosto de 2015[73] la autoridad fiscal verificó que algunos medicamentos que habían sido incluidos en el cálculo inicial no fueron efectivamente entregados ni pagados, por lo que los excluyó de la determinación del daño. Igualmente, constató que existían productos contratados y entregados que no habían sido incluidos originalmente en el estudio y efectuó el correspondiente ajuste, con lo cual la cuantía estimada pasó a $227.973.491.

177. En el Fallo núm. 1463 se efectuó nuevamente la operación para establecer el detrimento teniendo en cuenta los costos indirectos, así:

> *"[…] Este Despacho, el valor de los costos indirectos previstos inicialmente en el cuadro precedente dentro del presente asunto, deberá modificarse por cuanto su valor es inferior al previsto por el Grupo Auditor, sin que los argumentos aducidos por ellos en el informe final sean de recibo para este Despacho, por lo siguiente:*

---

[71] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, documento denominado *"44_20170221_Auto resuelve solicitudes de pruebas_Fls_1788-1797"*.
[72] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, *"15_20181101_Auto 1463-2018 Fallo Con Responsabilidad_Fls 2372-2470"*, página 163.
[73] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA"*, documento denominado *"2_20150813_AUTO ACLARA LA APERTURA FL 1039 A 1041"*.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

El valor del Contrato de Compraventa No. 050 del 29 de agosto de 2011, fue por $577.746.100, pero tal como se estableció en el Auto No. 01081 del 13 de agosto de 2015, se dejaron de entregar medicamentos por valor de $16.054.600; si ello es así, los medicamentos entregados fueron por valor de $561.691.500; cifra esta que coincide con la sumatoria del valor de los comprobantes de entrada No. 000000000232 de fecha 8 de febrero de 2012, suscrito por la Almacenista del Hospital, por valor de $374.218.000.oo (Folio 119 a 120); y el Comprobante de entrada No. 000000000177 del 13 de octubre de 2011, suscrito por la Almacenista del Hospital, por valor de $187.473.500.oo (Folios 121 a 122).

De los costos indirectos establecidos por la Auditoría de la Contraloría General de la República, ascienden a la suma de $22.419.501; resultante de la estampilla pro-desarrollo departamental 0.5%; estampilla pro-cultura 2% y estampilla pro-adulto mayor del 5 X mil, por $16.879.116; y la adición para el perfeccionamiento del contrato en el pago de póliza por valor de $1.481.385 y la publicación en la gaceta departamental por $4.059.000; sumas estas que corresponden es al valor total del Contrato No. 050 de 2011 pagado, es decir, sobre la suma de $561.691.500,oo. Si eso es así, como se está demostrando, nunca debió habérsele aplicado al sobrecosto de $264.962.552, para que se tomara como cifra definitiva la suma de $242.543.051,00.

Lo anterior, porque?

Simple y llanamente porque debió haber sido su aplicación proporcionalmente a dicho sobrecosto de $264.962.552, que como ya sabemos este se modificó a la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($250.392.992), por las razones ya conocidas de medicamentos no entregados y otros dejados de contabilizar.

Aclarada esta situación, el verdadero DAÑO PATRIMONIAL, a título de sobrecosto es lo resultante de una regla de tres simple, así:

Si el valor del contrato pagado fue de $561.691.500, y ello generó un costo indirecto de $22.419.501; en el sobrecosto de $250.392.992, cuanto será su costo indirecto? El resultado es la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($240.398.747). […]".

178. Esa suma se actualizó conforme al artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y el fallo estableció el daño patrimonial en $307.732.855,26.

179. Por lo anterior, este cargo tampoco prospera.

V.3.4. La supuesta vulneración del debido proceso en la etapa probatoria

180. El apelante sostuvo que la contraloría vulneró su derecho al debido proceso porque: i) no se le trasladó el informe técnico contentivo del hallazgo; ii) la comunicación referida por el tribunal solo daba cuenta de la auditoría, la cual no podía asimilarse a un informe técnico; iii) no pudo controvertir efectivamente el estudio económico que sirvió para declarar la existencia del detrimento; y iv) omitió motivar adecuadamente las decisiones relacionadas con las pruebas en términos de conducencia, pertinencia y utilidad.

181. Para resolver, la Sala pone de presente que la autoridad fiscal debe garantizar en el proceso de responsabilidad fiscal el debido proceso, especialmente en lo relacionado con el decreto, práctica, contradicción y valoración de las pruebas.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

182. El artículo 22 de la Ley 610 de 2000 consagró el principio de necesidad de la prueba, según el cual toda providencia dictada dentro del proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al expediente. En consecuencia, el artículo 23 *ibidem* exige que el fallo con responsabilidad fiscal solo proceda cuando exista prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

183. En cuanto a las cargas procesales, los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 610 de 2000 reconocen al investigado el derecho a solicitar y aportar las pruebas que estime conducentes bajo un modelo de libertad probatoria. Aunado a ello, el investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

184. El artículo 24 *ibid* complementa que la denegación total o parcial de las pruebas solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación. Y el artículo 29 precisa que las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

185. En materia procedimental, el artículo 51 de la Ley 610 prevé que, una vez surtido el traslado del auto de imputación, la autoridad debe decretar las pruebas solicitadas por los sujetos procesales y aquellas que de oficio considere conducentes y pertinentes; si las rechaza, debe motivar la decisión y permitir el ejercicio de los recursos.

186. El artículo 53 exige que, al momento de proferirse el fallo, obren pruebas que conduzcan a la certeza de los elementos de la responsabilidad fiscal, y ordena determinar de manera precisa el valor del detrimento y actualizarlo al momento de la decisión.

187. A su turno, el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 prevé la posibilidad de recaudar informes técnicos destinados a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso, los cuales serán objeto de traslado a los sujetos procesales para que ejerzan sus derechos de defensa y contradicción.

188. En este contexto normativo, la Sala advierte frente a los dos primeros reparos que el informe de auditoría de la Contraloría constituye un *"[…] acto administrativo intermedio de naturaleza técnica […]"*[74] que no produce efectos jurídicos autónomos, sino que sirve de sustento probatorio dentro del proceso de responsabilidad fiscal, escenario en el que el investigado puede controvertirlo.

189. La Corte Constitucional agregó, en la sentencia T-418 de 2021, que la validez de ese informe puede discutirse *"[…] en los procedimientos administrativos o judiciales en que se utilice como prueba, la validez del informe final de la Contraloría, en tanto dicho documento no produce efectos jurídicos en la situación del*

[74] Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, expediente T-8.124.739, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

accionante de forma autónoma y tiene por finalidad servir de prueba en el marco de un eventual proceso de responsabilidad fiscal. […]".

190. En el plenario se demostró que el ente de control surtió el traslado del informe al señor Luis Hernando Ballesteros Gutiérrez mediante la comunicación con radicado SIGEDOC núm. 2013EE0017871 de 12 de marzo de 2013, en la que se le otorgó un término para pronunciarse, sin que hubiera presentado observación alguna.

191. Ese documento contenía el hallazgo efectuado por el ente de control, así como las conclusiones a las que llegó.

192. También el demandante durante el proceso de responsabilidad fiscal tuvo acceso efectivo al estudio y a los documentos que lo respaldaban antes de que se profiriera el fallo definitivo.

193. En el Auto núm. 0254 de 21 de febrero de 2017[75] la contraloría indicó que el estudio de mercado del Contrato núm. 050 y las cotizaciones que lo soportaban se encontraban en el CD obrante a folio 141, y autorizó expresamente la expedición de copias para su utilización por los vinculados en ejercicio de su defensa.

194. Por ello, el demandante y los demás vinculados formularon reparos respecto de la metodología utilizada, los precios históricos, las marcas, las condiciones de transporte, la situación de orden público y la equivalencia de los productos comparados, los cuales se resolvieron en los actos demandados.

195. Para la Sala el investigado tuvo la posibilidad efectiva de controvertir y de interponer los recursos de ley contra el fallo de responsabilidad fiscal en sede administrativa, así como de desvirtuar las conclusiones del referido informe en sede judicial. Por lo tanto, no se acreditó la vulneración de su derecho de defensa y contradicción por esta causa.

196. Igual acontece frente al reparo relacionado con la falta de motivación de las decisiones relacionadas con el decreto de las pruebas, dado que la contraloría estudió de fondo las peticiones elevadas por el accionante y concluyó, mediante decisiones debidamente sustentadas que los medios de convicción pretendidos resultaban inconducentes e innecesarios para el esclarecimiento de los hechos. Tales consideraciones no fueron desvirtuadas en sede administrativa ni en este proceso judicial.

197. Además, la Sala observa que el expediente contaba con suficiente material probatorio para adoptar la decisión de fondo, sin que el demandante hubiera demostrado que los elementos cuya práctica reclamaba fueran pertinentes, conducentes o necesarios para alterar las conclusiones alcanzadas por la administración.

198. Por lo tanto, este cargo tampoco prospera.

---

[75] Cfr. Folio 74 del cuaderno 1 del expediente físico, carpeta *"PRF-009-2014 ARAUCA",* documento denominado *"44_20170221_Auto resuelve solicitudes de pruebas_Fls_1788-1797"*, página 11.

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

V.3.5. Los nuevos planteamientos de contradicción propuestos en la segunda instancia

199. El demandante presentó en el recurso de apelación dos argumentos nuevos relacionados con la aplicación de un test de igualdad y la ponderación entre la salud pública y el erario, como sustento de la inexistencia de responsabilidad fiscal.

200. Para la Sala esos cuestionamientos debieron ser formulados desde la demanda como parte de los cargos de nulidad, con el fin de permitir el correspondiente debate probatorio y de contradicción en la primera instancia.

201. En cuanto a la congruencia de la sentencia, el artículo 281 de la Ley 1564 de 2012 dispone que esta debe guardar consonancia con los hechos, las pretensiones y los demás planteamientos formulados por las partes en las oportunidades procesales previstas por esa ley.

202. El numeral 4.° del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 exige que la demanda contenga el concepto de violación, elemento que delimita el objeto del litigio, orienta la actividad probatoria y garantiza el adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción de la parte demandada.

203. Por estas razones, la alteración o cambio de los argumentos que sustentan los cargos de la demanda en el recurso de apelación contra la sentencia viola el derecho al debido proceso de la parte contraria, pues modifica los límites del litigio, fijados antes de la sentencia.

204. Frente a la posibilidad de plantear en el recurso de apelación argumentos distintos a los identificados en la demanda, esta Sección[76] ha indicado que: *"[…] en el recurso de apelación […] la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia[77] […]".*

205. En ese sentido, no resulta procedente introducir en sede de apelación unos planteamientos que no fueron oportunamente propuestos ni objeto de pronunciamiento por el juez de primera instancia, en razón a que ello desbordaría el marco del recurso y vulneraría los principios de congruencia y debido proceso, por lo que la Sala se relevará de efectuar el análisis de estos cargos.

206. Finalmente, se pone de presente que no se configuran los presupuestos previstos en el artículo 188 de la Ley 1437 y en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, sobre condena en costas en esta instancia.

---

[76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de mayo de 2026; C.P. Germán Eduardo Osorio Cifuentes; número único de radicación 25000-23-41-000-2017-00061-03.
[77] *"[…] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 5 de julio de 2007; C.P. Jaime Moreno García; número único de radicación 97082005 […]".*

COMPARTIDO POR:
Beltrán Pardo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 21 de septiembre de 2023, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA
Consejero de Estado
Presidente

CARLOS FERNANDO MANTILLA NAVARRO
Consejero de Estado

GERMÁN EDUARDO OSORIO CIFUENTES
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.