

Popayán, nueve (9) de febrero de 2022

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CPNTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Auto interlocutorio núm. 059

*Resuelve medida cautelar –
Decreta Suspensión Provisional*

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, presentada por la parte demandante con posterioridad a la presentación de la demanda, el 9 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES:

La demanda fue presentada el 21 de julio de 2020, admitida con providencia de 18 de agosto de 2020, notificada por conducta concluyente a la demandada con la contestación presentada el 5 de noviembre de 2021. Se presentó solicitud de medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos demandados el 9 de agosto de 2021, se corrió traslado de la medida cautelar el 10 de octubre de 2021 y se contestó en su oportunidad el 15 de octubre de 2021.

La parte demandante solicita se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, contentivos de los fallos de responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018, auto nro. 38 de 31 de octubre de 2019, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición, y del auto nro. 008 de 25 de noviembre de 2019, mediante el cual se resolvió el grado de consulta.

➤ LA DEMANDA Y LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

Conforme los anteriores antecedentes, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formula demanda en Acción Contencioso Administrativa- medio de control: nulidad y restablecimiento de derecho, contra el MUNICIPIO DE POPAYAN – CONTRALORÍA MUNICIPAL, a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contentivos de los fallos de responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018, Auto nro. 38 de 31 de octubre de 2019, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición, y del Auto nro. 008 de 25 de noviembre de 2019, mediante el cual se resolvió el grado de consulta.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar al MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN, se exonere de toda responsabilidad fiscal al demandante, se levanten las medidas cautelares proferidas dentro de la actuación y se proceda al archivo definitivo del proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva. Adicionalmente, solicita se condene el pago de los perjuicios morales padecidos por el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ, equivalentes a 50 SMLMV.

La parte actora presentó solicitud de medida cautelar, sustentada a partir de las normas enunciadas como violadas y concepto de violación del escrito de la demanda, por vulneración al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, falsa motivación, vulneración a las normas en que debían fundarse, así como el hecho de que el auto que resolvió el grado de consulta, fue expedido sin competencia y de forma irregular

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En concreto señala que los actos administrativos demandados son violatorios del artículo 29 Constitución Política, de los artículos 2, 4, 5, 6, 18, 23, 26, 41, 48, 53 de la Ley 610 de 2000, del literal e, artículo 114, 118 y 119 de la Ley 1474 de 2011, así:

i. Infracción a las normas en que debería fundarse el fallo de responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018, por vulneración al debido proceso, al ser expedidos de forma irregular.

Señala el accionante que de conformidad con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos demandados son nulos porque desconocen las normas en las cuales debería fundarse, y se vulneró el debido proceso constitucional como principio orientador de la acción fiscal con la decisión adoptada de 2 de agosto de 2018, que sancionó al señor Pedro Burbano Meléndez en su calidad de supervisor de los Contratos 161 y 162 de 2015, con base en unos presuntos hallazgos que no fueron expuestos en la auditoría realizada al Hospital San José de Popayán, ni en el auto de imputación.

Precisa que el informe final de auditoría al Hospital Universitario San José de Popayán para la vigencia 2015, surtido por la Contraloría Municipal de Popayán, en el mes de octubre de 2016, arrojó como hallazgo nro. 24, el siguiente:

“HALLAZGO No. 24.

Contrato No. 162 de 2015. Objeto: Prestación del servicio profesional especializado en neonatología en el proceso de atención asistencial y coordinación en las unidades de cuidados intensivos neonatal y unidad de cuidado intermedio y básico neonatal en el macro proceso misional del hospital. Contratista: Gloria Elizabeth Martínez Orozco. Valor: \$377.993.520 Contrato

Contrato No. 161 de 2015. Objeto: Prestación del servicio profesional especializado en neonatología en el proceso de atención asistencial en las unidades de cuidados intensivos neonatal, unidad de cuidado intermedio y básico neonatal y coordinación de los servicios de salas de pediatría urgencias de pediatría programa madre canguro y sala de infusión pediátrica en el macro proceso misional del hospital. Contratista: María Ximena Martínez Orozco. Valor: \$377.993.520

Condición: En la evaluación de los contratos 161 y 162 de 2015, se evidencia que se suscriben con similitud de objeto, valor y término o plazo. Con el mismo oficio de 6 de noviembre de 2015, el supervisor del contrato solicita elaborar acta modificatoria al contrato para liberar la suma de \$150 millones de pesos, y establecer el valor definitivo en \$227.993.520 en cada contrato. El certificado de disponibilidad presupuestal se expidió el día 2 de enero de 2015, por valor de \$34.831.491.618, en forma global, incumpliendo el deber de certificarlo por el gasto que será imputado al presupuesto.

Los pagos se efectuaron con los informes del interventor, no se presentaron los soportes que evidencien el cumplimiento del objeto contractual, como informe del contratista, cuadro de turnos, RIPS, a fin de verificar los días y las fechas en que se prestó realmente el servicio, no se allegan los recibos de seguridad social ni parafiscales citados en el informe de interventoría.

Al confrontarse la información solicitada a Migración Colombia sobre el registro migratorio de las salidas realizadas por las doctoras Gloria Elizabeth Martínez Orozco y María Ximena Martínez Orozco, con los turnos realizados por las galenas mencionadas, se encuentra que estas registraron y cobraron turnos a pesar de haberse ausentado del país configurándose en un cobro indebido, como se especifica en oficio de fecha 27 de julio de 2016 suscrito por el Coordinador Centro Facilitador Popayán Migración Colombia, además, la Doctora Gloria Martínez aparece firmando su contrato con fecha 27 de mayo de 2015, cuando el registro de migración indica que se encontraba fuera del país. Asimismo, se encuentra que en esa fecha se suscribieron órdenes médicas y evoluciones firmadas por las doctoras Martínez. Revisadas las carpetas no se evidencia suspensión del contrato por el término de ausencia de las contratistas. (...)

Condición: "...Los pagos se efectuaron con los informes del interventor, no se presentaron los soportes que evidencien el cumplimiento del objeto contractual, como informe del contratista, cuadro de turnos, RIPS, a fin de verificar los días y las fechas en que se prestó realmente el servicio, no se allegan los recibos de seguridad social ni parafiscales citados en el informe de interventoría." El supervisor allega copia de la certificación expedida por el área de Archivo y Correspondencia del HUSJ en donde se menciona que "En los archivos del proceso de interventoría que reposan en el archivo central del Hospital Universitario San José de Popayán –ESE- se encuentran las carpetas

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de informes de interventoría mes a mes durante la vigencia del contrato #162/2015 suscrito con la Dra. GLORIA ELIZABETH MARTINEZ OROZCO". Anexo 36: Copia de las carpetas correspondientes al primer y último mes de ejecución como muestra del proceso de revisión en medio digital. Así mismo adjunta copia de la certificación expedida por el área de Archivo y Correspondencia del HUSJ en donde se menciona que "en los archivos del proceso de interventoría que reposan en el archivo central del Hospital Universitario San José de Popayán –ESE- se encuentran las carpetas de informes de interventoría mes a mes durante la vigencia del contrato #161/2015 suscrito con la Dra. MARÍA XIMENA MARTÍNEZ OROZCO". Anexo 36: Copia de las carpetas correspondientes al primer y último mes de ejecución como muestra del proceso de revisión en medio digital. El supervisor informa que "Para los contratos 161 y 162 el interventor es notificado por la Oficina Asesora Jurídica después del día 3 de junio/2015 como consta en el oficio remitido por dicha oficina y como es lógico el interventor desconocía o no fue informado de lo sucedido días anteriores al 3 de junio/2015". Para finalizar informa que "todas las cuentas y soportes de las actividades realizadas con motivo de la ejecución de los contratos 161 y 162 se entregan en el mes de diciembre/2015 para revisión, certificación y pago". El HUSJ, cuenta con un convenio docente asistencial con la Universidad del Cauca, el cual no contempla, que un médico residente reemplace a profesionales de la salud.

(...) La respuesta dada no satisface por cuanto no se hace claridad en referencia a las salidas de las contratistas al exterior. En trabajo de campo se obtuvo en la subgerencia científica del Hospital Universitario San José, copia escaneada de los cuadros de turno, (...) Por otra parte en la cláusula quinta numeral 3 del contrato 161 de 2015 correspondiente a la doctora María Ximena Martínez Orozco se establece "Apoyo en la elaboración de los turnos de los pediatras y médicos generales de las unidades pediátricas objeto de su coordinación". El numeral 4 establece "Apoyo en Actividades Administrativas y de Coordinación en la Unidades Pediátricas objeto de su coordinación".

El contrato 162 de 2015 con la doctora Gloria Elizabeth Martínez Orozco establece en la cláusula quinta numeral 3 "Apoyo en la elaboración de turnos de los neonatólogos, pediatras y médicos generales de la Unidad de Neonatología". El numeral 4 establece "Apoyo en Actividades Administrativas y de Coordinación en Neonatos".

La respuesta dada configura la observación como hallazgo administrativo con incidencia fiscal por \$4.006.242 y penal por falsedad en documento público."

Para el accionante el hallazgo fiscal tiene como génesis la presunta omisión del supervisor del contrato, en verificar los días y fechas en que se prestó realmente el servicio, dada la salida del país de las pediatras Martínez Orozco, hallazgo que fue tasado en \$4.006.242:

El Auto no. 045 de 09 de junio de 2017, por medio del cual se ordenó el cierre de la indagación preliminar, es categórico en delimitar que las presuntas irregularidades en la ejecución de los contratos 161 y 162 de 2015, se basan en que **se reconocieron y realizaron pagos de turnos que no se prestaron, atendiendo a la salida del país de las Doctoras** Martínez Orozco y el hecho de que la Doctora Gloria Elizabeth Martínez Orozco era docente ocasional medio tiempo en la Universidad del Cauca, lo que a juicio de la vista fiscal, impedía prestar el servicio en las condiciones previstas en el contrato No. 162 de 2015.

El mismo acto administrativo fijó como valores pagados por turnos no prestados en el contrato No. 162, la suma de **\$64.956.168**, sumando las salidas del país y las horas no prestadas con ocasión de la docencia universitaria. Los valores pagados y no prestados en el Contrato No. 161, ascendieron a la suma de **\$9.052.272** a consecuencia de la salida del país de la Doctora María Ximena, para un total del presunto detrimento patrimonial a cargo del supervisor del contrato de **\$74. 008.440**.

Por su parte, el Auto No. 046 de 15 de junio de 2017, de apertura e imputación de responsabilidad Fiscal, fijó como fundamentos de hecho, tanto el hallazgo No. 24, así como las actuaciones surtidas en la indagación preliminar, delimitando, al momento de establecer la conducta materia de responsabilidad fiscal, que para las contratistas, consistía en la omisión de cumplir con las obligaciones contractuales, al cobrar turnos no prestados de manera personal ante la salida del país y no prestar de manera exclusiva el servicio al hospital universitario San José de Popayán, en virtud de la vinculación docente de la Doctora Gloria Elizabeth con la Universidad del Cauca.

Entre tanto, la conducta endilgada al doctor Burbano Meléndez se efectuó a título de culpa grave por la **falta de diligencia y cuidado en su calidad de supervisor, por haber certificado y reconocido el valor de turnos y de días de servicios no prestados por las contratistas.**

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*Del mismo modo, el daño se consideró edificado en los turnos reconocidos y pagados por el Hospital San José de Popayán, en suma de **\$74.008.440**, cuantía que coincide con el auto de cierre de indagación preliminar, misma que se deriva de las salidas del país de las médicas y la labor docente de una de ellas.*

Cita los artículos: 41 de la Ley 610 de 2000, que fija los requisitos del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 48 de la Ley 610 de 2000 sobre el contenido del auto de imputación de responsabilidad fiscal, y el artículo 5 ibídem, sobre los elementos de la responsabilidad fiscal, resaltando que las normas son garantía del debido proceso al establecer desde la etapa inicial del procedimiento administrativo, los fundamentos de hecho como de derecho, **el daño patrimonial y su cuantía**, así como la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, entre los que se encuentra la conducta del implicado. Indica que la demandada no concretó la cuantía y tal imprecisión vulnera el debido proceso y derecho de defensa.

Afirma que el auto de 2 de agosto de 2018, viola el debido proceso, porque al descartar la responsabilidad fiscal de las pediatras investigadas fiscalmente, al considerar que no hubo detrimento patrimonial, dado que los turnos fueron efectivamente prestados aun en las salidas del país, por el reemplazo que efectuaban entre ambas profesionales; declaró la responsabilidad fiscal del demandante Pedro Burbano en su calidad de supervisor de los contratos 161 y 162 de 2015, **porque mes a mes se liquidaron mal los turnos de las pediatras**, durante la vigencia del contrato.

Concluye el accionante que ya habiéndose dado apertura el proceso de responsabilidad fiscal **e imputada la responsabilidad fiscal**, la demandada mediante oficio de 16 de enero de 2018 solicitó copia de las planillas de turnos de las pediatras, que contienen menos horas que las reportadas en las cuentas de cobro avaladas por el supervisor para los meses de junio, julio, septiembre, octubre, noviembre, en el contrato 161 de 2015, considerando que el detrimento patrimonial por la diferencia, asciende a \$35'322.210. Lo propio relaciona para el contrato 162 para los meses de junio, julio, septiembre, octubre y noviembre, para una diferencia de \$38.258.082, considerando un daño patrimonial a cargo del demandante en suma de **\$73.580.292**, el cual, una vez actualizado arribó a **\$82.989.282**.

Precisa el actor que de la confrontación del Auto 046 de 2017 con el fallo de responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018, permite entrever el intempestivo viraje dado al proceso al momento de adoptar decisión de fondo, en la medida que, ni de manera directa o indirecta, fue establecido en los fundamentos de hecho del auto de apertura e imputación, **la diferencia de turnos entregados mes a mes por las galenas a la subgerencia científica del Hospital San José, en la vigencia del contrato y lo efectivamente avalado por el supervisor en las cuentas de cobro**, pues la génesis de la actuación administrativa lo era el pago de turnos mientras las médicos estuvieron fuera del país y la docencia ejercida por una de ellas. Según los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000, que fijan los requisitos de la apertura e imputación del proceso de responsabilidad fiscal, no podía la Contraloría Municipal de Popayán, bajo la misma cuerda procedimental, declarar la responsabilidad del accionante **por las diferencias de turnos encontradas** mes a mes, dado que la oportunidad procesal para imputar tal conducta ya había fenecido.

Por lo tanto, de encontrarse un nuevo hallazgo con relación a los contratos 161 y 162 de 2015, lo que le imponía la normativa que rige las actuaciones de la entidad, era iniciar un nuevo procedimiento administrativo, mas no enderezar la propia incuria de la entidad a merced del derecho fundamental al debido proceso de que es titular el doctor Burbano Meléndez, lo que de suyo presupone la expedición irregular del fallo con responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018.

En razón de lo anteriormente expuesto, para el actor, los actos administrativos demandados son nulos por:

- ii. **vulneración al debido proceso, por el desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa.**

Por la expedición irregular el auto de 2 de agosto de 2018, por medio del cual se declaró la responsabilidad fiscal del actor, con base en hechos que no fueron constitutivos de individualización en el auto de apertura e imputación de la investigación, pues es sobre los

hechos enunciados en dicho acto administrativo y sólo sobre ellos, que el administrado fincará su oposición o aceptación.

Por impedir la Contraloría municipal, desde un estadio inicial del proceso, centrar la defensa del demandante en esclarecer la razón de las diferencias existentes entre las planillas de turno presentadas por las contratistas a la subgerencia científica del Hospital San José de Popayán y las avaladas por el supervisor en las cuentas de cobro y por incluir un nuevo hecho y nuevas pruebas no consignadas en el auto de imputación, adecuando a su arbitrio el procedimiento fijado por el legislador, en razón a que la IMPUTACIÓN se delimitaba al pago de los turnos cuando las contratistas se encontraban fuera del país y las horas prestadas en docencia universitaria. Igualmente por desestimar el testimonio rendido por la subgerente científica del Hospital San José, que explica de las razones por las cuales distan los cuadros de turnos que reposan en la subgerencia científica con los efectivamente pagados y por impedir incorporar al proceso administrativo la prueba sobreviniente allegada por la defensa junto al recurso de reposición, relativa al oficio aclaratorio expedido por la gerencia del Hospital San José que avalaba la ausencia de detrimento patrimonial exponiendo el procedimiento al interior del ente hospitalario; so pretexto de haber culminado la etapa probatoria.

iii. De la nulidad por falsa motivación.

Al respecto, el actor precisa que los artículos 4 y 6 de la Ley 610 de 2000, estatuyen que, para declarar la responsabilidad fiscal de un gestor fiscal, se requiere la estructuración de un daño patrimonial al Estado, razón por la cual, previo a analizar la conducta o el nexo de causalidad, debe existir certeza del detrimento patrimonial. En consonancia, el artículo 23 ib. prevé que el fallo con responsabilidad fiscal solo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado. En este sentido, el auto de 2 de agosto de 2018 adolece de tal requisito, como quiera que el único supuesto en que se edifica el presunto detrimento, parte de un análisis meramente formal de las diferencias existentes, las cuales fueron aclaradas en el testimonio rendido por la doctora MARÍA FERNANDA MUÑOZ ARDILA, quien fungía como Subdirectora Científica para la época de los hechos, *que afirmó que a los cuadros de turnos proyectados se hacen ajustes dadas las características de la prestación del servicio, y dadas las novedades que se presentan, y al final los interventores presentan las horas realmente laboradas*, testimonio, que no fue tenido en cuenta en la primera decisión con responsabilidad fiscal, siendo evidente que las pruebas aducidas por la Contraloría no contaban con el grado de certeza exigida por la Ley 610 de 2000.

Indica el accionante, que, ante el fallo con responsabilidad fiscal, solicitó a la gerencia del Hospital San José aclarar la información suministrada a la Contraloría, para lo cual la institución explicó que los cuadros presentados a la Subgerencia científica del HUSJ son solamente turnos proyectados, y que la necesidad del servicio en una dependencia tan importante como “neonatología”, justifica novedades en el transcurso del mes, situación que no fue desacreditada en las decisiones demandadas, **prueba que fue negada con vulneración del artículo 77 del CPACA, que admite el aporte de pruebas junto a la presentación de recursos.**

También destaca que **el auto con responsabilidad fiscal de 31 de octubre de 2019**, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición, contiene una incoherencia como quiera que si bien la parte resolutive deja a cargo del demandante la suma de **DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$17.514.646)**, tan solo \$ 6.476.634, corresponden a los hechos por los cuales finalmente se atribuyó responsabilidad fiscal, dada la presunta errónea liquidación de los turnos entre los meses de vigencia del contrato. Según quedó plasmado en el auto rebatido, de la suma total del detrimento patrimonial, **NUEVE MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$9.052.272) M/CTE**, corresponden a los pagos efectuados a la doctora María Ximena Martínez, por los turnos comprendidos entre el 17 y 24 de julio de 2015, fechas en las cuales salió del país; sin que sea comprensible que en el fallo primigenio, la propia contraloría establezca que no hubo daño patrimonial derivado de los turnos pagados cuando la galena estuvo fuera del país, en tanto fue reemplazada por su homóloga Dra. Gloria Elizabeth Martínez, con permisos debidamente otorgados por la subdirección científica, lo que conllevó a que las médicas fueran exoneradas de

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

responsabilidad fiscal, pero que no obstante, en la decisión subsiguiente, pese a no haber sido objeto de recurso, se insista en un detrimento patrimonial por estos hechos, pero a cargo del supervisor, lo que rompe con la seguridad jurídica que debe reinar en las decisiones emanadas de la administración pública.

En este punto resalta que es contraria a la verdad la aseveración contenida en el auto de 31 de octubre de 2019, relativa a que la exoneración de las galenas se fundó en el hecho de no tener la calidad de gestoras fiscales, pues la sola verificación del fallo de 2 de agosto de 2018 permite entender que la exoneración se fundó en que no hubo detrimento patrimonial, a partir de las ausencias por la salida al exterior entre el 17 y 24 de julio de 2015, porque las mismas fueron cubiertas por otro profesional, debidamente prestadas y por lo tanto cobradas y pagadas.

De otro lado indica que desde la indagación preliminar y en los fallos con responsabilidad fiscal, la Contraloría adujo que la supervisión había sido negligente, en tanto *“no hubo verificación de la prestación de los servicios, ni siquiera mes a mes realizaba los informes de interventoría pues solamente hasta el día 18 de diciembre/2015 suscribe los informes de los meses de mayo a diciembre de los contratos... no exigía mes a mes los pagos de seguridad social de las contratistas y admite que no sabía que ellas no cancelaban la seguridad social. No verificó que los cuadros de turnos entregados por las contratistas tuvieran el visto bueno de la subgerencia científica ni los confrontó con los que reposaban en la subgerencia científica y que eran avalados por la subgerente de la época tal como se exigía en el contrato para el reconocimiento y pago de los turnos”*.

Al respecto, señala que en el proceso de responsabilidad fiscal reposan los testimonios de la subgerente científica y de la coordinadora del área de facturación, que dan fe de los controles que tanto el supervisor como las demás dependencias del HUSJ ejercen mes a mes sobre las ejecuciones de los contratos y resultan contundentes las aseveraciones de la Subdirectora Científica del Hospital San José, en las cuales deja plenamente determinado, las funciones que se cumplían mes a mes por parte de la Supervisión, en compañía de un equipo multidisciplinar que acompañaba tal labor y que dio como resultado que dentro del plazo contractual no se verificaran incumplimientos por parte de las neonatólogas, razón suficiente para descartar una vez más, además del detrimento patrimonial, la falta de cumplimiento de las funciones por parte del supervisor de los contratos.

Igualmente afirma, que se acreditó que los informes de supervisión no se generaron mes a mes debido a la ausencia de facturación de las doctoras Martínez Orozco lo que reconoce la Subgerente científica de la época, por estas razones, no es de recibo la estructuración del elemento subjetivo para endilgar responsabilidad, cual es la culpa grave, dado que contrario a lo aducido en los actos demandados, la diligencia en el actuar del supervisor, tanto en la ejecución del contrato como en su liquidación, a partir de sus obligaciones contractuales, descartándose la culpa grave.

iv. De la nulidad del auto de 25 de noviembre de 2019, que resolvió el grado de consulta, al ser expedido sin competencia y de forma irregular.

Al respecto, señala el accionante que el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, plantea tres escenarios para la procedencia del grado de consulta, a saber: a) cuando se dicte auto de archivo, b) cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal, y c) cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Que, a partir de las causales de procedencia de la consulta, si bien, correspondía a la Contraloría Municipal de Popayán conocer del asunto, su competencia estaba restringida a la verificación de la exoneración de responsabilidad fiscal de las contratistas, no lo era frente a la declaratoria de responsabilidad fiscal del accionante, pues este estuvo representado a lo largo de la actuación administrativa por un apoderado de confianza. Añade que esta irregularidad apareja que exista nulidad del numeral primero del Auto 008 de 25 de noviembre de 2019, en el cual si bien se confirma el auto nro. 38 de 31 de octubre de 2020, la cuantía se fija en **SETENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CINSENTA Y OCHO PESOS (\$70.919.658) M/CTE.**, siendo incompetente el Contralor Municipal para evaluar la responsabilidad del Dr. Burbano, pero más grave aún,

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

modificar la cuantía establecida en el fallo consultado, porque sus atribuciones están delimitadas por la ley.

Al referirse sobre la competencia para pronunciarse de manera íntegra frente a la responsabilidad fiscal, indica que la decisión proferida tiene un vicio de ilegalidad relativo a la falta de motivación, en la medida que en la modificación de la cuantía se hace una relación de las presuntas horas mal liquidadas, pero no se explican las razones por las cuales se descarta la liquidación contenida en la decisión que se confirma. De igual manera, tal y como se expuso respecto a la nulidad de las decisiones primigenias, siendo que el daño patrimonial se fundamenta en la discrepancia en las horas prestadas y debidamente pagadas, tales criterios deben aplicarse al auto que resolvió la consulta, en el hipotético evento en que se decidiera ahondar en el fondo del asunto.

De otro lado, sustenta la petición de cautela en que el accionante actualmente cuenta con 60 años de edad, restándole dos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y que, aunque actualmente supera las 1300 semanas de cotización, cumpliendo el requisito de tiempo de servicio, la edad aún no ha sido superada. Bajo estas circunstancias, la inhabilidad sobreviniente derivada de los fallos con responsabilidad fiscal demandados, a partir del parágrafo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, la cual se puede verificar en el Sistema de Información SIRI, y tiene como fecha de inicio el 27 de noviembre de 2019 hasta el 26 de noviembre de 2024, comprometen su permanencia en el empleo de Médico Especialista Grado I, en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE DE POPAYAN. Si bien es cierto, a la fecha de presentación de la solicitud de suspensión, el demandante continúa en el ejercicio del empleo, lo cierto es que la potencial desvinculación afectaría de manera directa su mínimo vital. Lo anterior por cuanto, más allá de la pretensión pensional, el accionante tiene a su cargo la responsabilidad alimentaria de sus dos hijas de 21 y 15 años, quienes se encuentran en edad académica y adelantando sus estudios universitarios y de bachillerato respectivamente, en Brasil, lo cual genera unas altas erogaciones para su sostenimiento. Así mismo, desde el mes de diciembre de 2020, dada la emergencia sanitaria generada por el COVID 19, la cónyuge del señor Burbano Meléndez se encuentra en Brasil, sin la posibilidad de retorno dado el cierre de fronteras desde el mes de febrero, lo que conllevó a la suspensión del contrato de prestación de servicios a su nombre y por ende a la imposibilidad de contribuir económicamente a la manutención del hogar Burbano Sandoval, lo que generó que desde dicha data el demandante ha debido hacerse cargo al 100% de los costos de su núcleo familiar.

Resalta, además, que el accionante tiene dos créditos, hipotecarios y de consumo que ascienden a la suma de \$ 117.041.845 y \$ 24.679.534, respectivamente y de los cuales le corresponde una suma mensual de \$ 1.662.664 de consumo y \$ 2.166.093 hipotecario aproximadamente. Bajo estas circunstancias, y ante la inminencia del retiro del cargo derivada de los fallos con responsabilidad fiscal, la afectación al mínimo vital es evidente, porque a la edad que tiene difícilmente puede acceder a otro empleo, máxime que sus posibilidades se restringirían al sector privado, el cual escasea en la ciudad de Popayán y cada vez es más estrecha la posibilidad para quienes se acercan a la calidad de adulto mayor. De continuarse con los efectos de los actos administrativos hoy objeto de revisión judicial, le impedirían acceder a su mínimo vital y vulneraría gravemente sus condiciones de existencia y las de su núcleo familiar.

Cita la Sentencia SU-995 de 1995, donde la Corte Constitucional reitera que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien.

➤ OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR.

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La parte demandada se opone a la concesión de la medida cautelar solicitada, indicando que las decisiones contenidas en los actos administrativos demandados se tomaron por encontrar probado el daño o detrimento patrimonial causado al erario público, de tal manera que en el fallo con responsabilidad fiscal se establecieron los elementos que integran la responsabilidad fiscal, las pruebas y demás exigencias del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, garantizando los principios de legalidad, contradicción debido proceso y defensa.

Señala además que el Fallo nro. 2 de 2018 que declaró al señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELÉNDEZ responsable fiscal, fue sustentando normativa y jurisprudencialmente, máxime cuando reposa dentro del plenario prueba que acredita la configuración de la conducta endilgada. Los actos administrativos con la observancia de las normas y en cumplimiento de las atribuciones administrativas, legales y reglamentarias en cabeza de la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, así como del funcionario que ostentaba para la época el cargo de Contralor, para lo correspondiente al grado de consulta, sin que aparezca violación alguna a las normas superiores, es decir que dichos actos administrativos se encuentran amparados por el principio de legalidad. Los actos administrativos fueron expedidos con competencia, y respecto al grado de consulta para la época de los hechos regía la Resolución nro. 021 de 2 de marzo de 2018 la cual actualizó el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal atribuyéndole, entre otras:

"Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un defensor de oficio, en desarrollo del cual se podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público".

Al decir de la demandada, los actos demandados no se expidieron en forma irregular, todas las actuaciones estuvieron enmarcadas en la ley, con respeto de los derechos de audiencia y defensa, motivados teniendo en cuenta las pruebas recaudadas

Finalmente, la demandada informa que a la fecha se ha pagado por parte de la Previsora S.A., un total de \$63.827.682 de los \$70.919.658 millones del valor del detrimento patrimonial, quedando un saldo por pagar a 30 de diciembre de 2020, fecha en que se expidió el mandamiento de pago de \$ 7.703.243 por parte del señor BURBANO MELENDEZ a fin de resarcir la totalidad del daño y con ello esta entidad pueda solicitar a la Contraloría General de la República el retiro del demandante del boletín de responsables fiscales, lo que permitirá que el señor Burbano pueda contratar con entidades públicas, evitando así las situaciones aludidas dentro de su solicitud y sus posibles perjuicios; y no como lo pretende por medio de la suspensión de los actos administrativos que gozan de presunción de legalidad y que como se expuso en la contestación de la demanda y el expediente del proceso cumplen con todos los requisitos para serlo.

PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, y para efectos de determinar la procedencia de la medida cautelar, se resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Los actos administrativos expedidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal adelantado en contra del señor PEDRO VOLTAIRE, se profirieron con vulneración al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, falsa motivación, vulneración a las normas en que debían fundarse, así como el hecho de que el auto que resolvió el grado de consulta, fue expedido sin competencia y de forma irregular?

Para resolver lo anterior, el Despacho tomará en consideración especial: (i) Las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el alcance de tales

decisiones; (ii) Régimen de control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal (iii) caso concreto.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, señala, que las medidas cautelares proceden incluso antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

"Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento. Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio".

El artículo 230 lb., dispone que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas, o de suspensión; la competencia para dictarlas es del Juez o Magistrado Ponente; pueden decretarse una o varias en un mismo proceso; y se consagró un listado enunciativo de aquellas, entre las cuales, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos:

- "1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
 - 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
 - 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
 - 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
 - 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*
- Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente".*

El artículo 231, señala requisitos atendiendo al tipo de medida cautelar que se pretenda. Para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando establece una diferenciación atendiendo a si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo para lo cual solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pretende además de la nulidad el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberán probarse estos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- "1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

De las normas antes analizadas, y según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, los requisitos para decretar las medidas cautelares se pueden clasificar en tres categorías: (i) requisitos de procedencia, generales o comunes de índole formal, (ii) requisitos de procedencia, generales o comunes de índole material, y (iii) requisitos específicos de procedencia²:

Requisitos de procedencia, generales o comunes de índole formal. Se exigen para todas las medidas cautelares; y son de índole formal, en la medida que solo requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo, y son:

- Debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo;
- Debe existir solicitud de parte debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio.

Requisitos de procedencia, generales o comunes de índole material. Se exigen para todas las medidas cautelares; y son de índole material, en la medida que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes, son:

- Que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso que se somete a consideración de la jurisdicción, e involucra, no sólo las pretensiones, sino que también hace referencia a los hechos, normas y pruebas en que estas se fundan, y la efectividad de la sentencia.
- Que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Requisitos de procedencia específicos de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas en la Ley 1437 de 2011.

Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado – medida negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda, así:

- Si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud;
- Si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-42-000-2017-05165-01(4086-18). Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE PROTECCIÓN SOCIAL, Demandado: LILIANA VELASCO MOSQUERA.

² Consejo De Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto de 6 de abril de 2015. Expediente N°: 11001-03-25-000-2014-0094200. N° interno: 2905-2014. Demandante: JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO

En el CPACA la confrontación del acto administrativo acusado con las normas que se invocan en el escrito en el que se sustenta la medida, o en las disposiciones de la demanda, exige del juez un análisis que debe ser a la vez cuidadoso y provisional, que le permita en esta etapa del proceso, adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto, cuando del mismo se observen motivos de ilegalidad que justifiquen la decisión.

Así, la medida de suspensión requiere del Juez una carga argumentativa que de manera razonada explique los motivos por los cuales estima que el acto contraviene las disposiciones superiores en que debía fundarse y justifica la decisión que de manera preventiva suspende la ejecución del acto administrativo. Esta decisión por expresa disposición legal, “no implica prejuzgamiento”.

Requisitos de procedencia específicos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.

Si se pretenden otras medidas cautelares diferentes -medidas cautelares positivas- a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho;
- Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados;
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y
- Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

De otro lado, respecto del procedimiento para la adopción de las medidas cautelares el artículo 233 del CPACA, dispone lo siguiente:

"Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

2. RÉGIMEN DE CONTROL FISCAL Y EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL³

La Constitución de 1991, al concebir la estructura del Estado, indicó en el artículo 113 que además de los órganos que integran las tres ramas del poder público, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre los cuales estableció que la Contraloría General de la República tiene la misión la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración (arts. 117 y 119).

El Consejo de Estado⁴ ha señalado que las funciones de vigilancia de la gestión fiscal y del control fiscal, (artículo 267 constitucional, modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo Núm. 4 del 18 de septiembre de 2019), están a cargo de la Contraloría General de la República y recaen sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos “en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos” y que el control fiscal ya no se ejercerá solamente en forma posterior y selectiva, sino que además, podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

Aclara la alta Corporación que esta nueva clase de control fiscal no implica coadministración y se debe realizar en tiempo real por medio del seguimiento permanente de los ciclos, el uso, la ejecución, la contratación y el impacto de los recursos públicos, mediante la utilización de tecnologías de la información, la participación del control social y de forma articulada con el control interno de las entidades públicas. Precisa, que este control no está concebido para analizar la conveniencia de las decisiones de los administradores de los recursos públicos, pues ello constituiría una modalidad de coadministración y se debe efectuar en forma de advertencia al gestor fiscal. (...) advierte, que el sentido de la norma superior está orientado siempre al seguimiento permanente del recurso público y su adecuada utilización, de manera que el control fiscal sea eficaz y eficiente, y que, ante la existencia de un faltante o pérdida, el órgano de control fiscal, vale decir, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales procedan a conseguir la recuperación plena del patrimonio público.

La nueva norma superior establece en cuanto a estas importantes funciones de control en materia fiscal, lo siguiente:

Artículo 267. Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Núm. 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente: La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público.

El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442) Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

⁴ IB.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley

Para el Consejo de Estado, la norma superior orienta al seguimiento permanente del recurso público y su adecuada utilización, de manera que el control fiscal sea eficaz y eficiente, y que, ante la existencia de un faltante o pérdida, el órgano de control fiscal, vale decir, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales procedan a conseguir la recuperación plena del patrimonio público.

En este nuevo panorama de control fiscal, el Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, definió, en su artículo 2, los conceptos esenciales de la vigilancia y el control fiscales, el objeto, los sujetos y los órganos de control fiscal, para precisar el contenido y la aplicabilidad de la nueva regulación en esta materia, así:

Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. *Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.*

Control fiscal: *Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello. El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establecen la Constitución Política y la ley.*

Objeto de vigilancia y control: *Se entienden por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.*

Sujeto de vigilancia y control: *Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos.*

Órganos de Control Fiscal: *Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.*

En el artículo 3 del aludido decreto ley enuncia y define los 17 principios sobre los cuales se fundamentan la vigilancia y el control fiscales. Son los siguientes: eficiencia, eficacia, equidad, economía, concurrencia, coordinación, desarrollo sostenible, valoración de costos ambientales, efecto disuasivo, especialización técnica, inoponibilidad en el acceso a la información, tecnificación, integralidad, oportunidad, prevalencia, selectividad y subsidiariedad.

En ese orden de ideas, el Decreto Ley 403 de 2020 en su artículo 45, se refirió a los sistemas de control fiscal, como el financiero, el de gestión y el de resultados, a que alude el artículo 267 del ordenamiento superior, pero previó la posibilidad de instaurar otros sistemas. Estos conceptos de control fiscal adquieren gran importancia para el adecuado ejercicio de las funciones de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, en la medida en que establecen las finalidades y los campos de acción de los distintos tipos de control.

Sobre el tema de las finalidades de la vigilancia de la gestión fiscal y su carácter integral, la Corte Constitucional, en Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, ya había precisado que *la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.*

Respecto de las competencias del Contralor General de la República, el artículo 268 constitucional modificado por el Acto Legislativo núm. 04 de 2019 en su artículo 2, establece las atribuciones, las cuales son asignadas también, en lo pertinente, a los contralores territoriales, en el ámbito de su jurisdicción, conforme al inciso sexto del artículo 272 de la Carta, igualmente reformado por el mencionado Acto Legislativo, entre otras, tienen los contralores la facultad de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación, y en desarrollo de la gestión fiscal, de conformidad con lo dispuesto por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que establecen los procedimientos ordinario y verbal, respectivamente, de responsabilidad fiscal.

3. EL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – LEY 10 DE 2000.

La responsabilidad fiscal es una responsabilidad autónoma y, por tanto, distinta de la responsabilidad penal y de la disciplinaria. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, señaló que en el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes⁵.

En esa oportunidad precisó que en relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio. Así mismo señaló que el

⁵ Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes: “- Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquella por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)”.

carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección.

La Ley 610 del 15 de agosto de 2000 estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Posteriormente la Ley 1474 de 2011 en el Capítulo VIII, Subsección II, reguló las “Modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal” y en la Subsección III, lo atinente a las “Disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal”.

El artículo 1.º de la Ley 610 de 2000 definió el proceso de responsabilidad fiscal como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

La responsabilidad fiscal se relaciona con el ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 como 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.

Se destaca, que el objeto de la responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento pleno de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan en la causación de tales daños. Así lo prevé el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 de 2020 en estos términos:

Artículo 124. Modificar el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así: Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal. Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

En relación con los elementos de la responsabilidad fiscal, el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020 introdujo una modificación al ampliar la noción del agente responsable. De esta forma, la conducta dolosa o gravemente culposa que antes era atribuida únicamente a la persona que realizaba gestión fiscal, **con la modificación introducida, también es atribuible a quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado:**

Artículo 125. Modificar el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así: Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Respecto del concepto de DAÑO PATRIMONIAL, el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020 modificó el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, así:

Artículo 126. Modificar el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así: Artículo 6º. Daño patrimonial al Estado.

Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, 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, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal.

Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

Como se advierte del citado artículo 6 modificado, la noción de daño patrimonial al Estado consiste en la lesión del patrimonio público en los términos legales mencionados, la cual constituye el objeto de la investigación del proceso junto con la responsabilidad fiscal, la cual se debe derivar de una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de los servidores públicos o particulares que participaron en la causación del daño.

Lo anterior, se encuentra en concordancia con lo preceptuado por los artículos 23, 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, que establecen la procedencia legal para dictar los fallos con o sin responsabilidad fiscal, de acuerdo con el acervo probatorio que obre en el proceso. Estas normas disponen lo siguiente:

Artículo 23. Prueba para responsabilizar. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa (leve) del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

La Corte Constitucional⁶ ha destacado la importancia que tiene dentro de la función del control fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal, su finalidad resarcitoria para recuperar la suma equivalente al detrimento o al daño patrimonial del Estado debido a un comportamiento irregular de un servidor público o un particular que maneja fondos públicos, resaltando que:

"... la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal . Características que se han reiterado de forma constante por la jurisprudencia de esta corporación".

En conclusión, el proceso de responsabilidad fiscal se orienta a determinar si hubo o no detrimento patrimonial del Estado y si la persona o las personas investigadas son o no responsables fiscales, de modo que si el funcionario competente del órgano de control fiscal

⁶ Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014,

les dicta fallo con responsabilidad fiscal, el mismo órgano debe realizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para lograr el pago total de la suma fijada en el fallo y de esta forma, conseguir el resarcimiento integral del detrimento sufrido por el patrimonio público.

4. EL CASO CONCRETO.

Conforme los soportes acreditados por las partes, el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ, presta sus servicios en el HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN, como Médico Especialista Grado I, con funciones de Coordinación de las áreas de Imágenes Diagnósticas y laboratorio de Patología, desde el mes de marzo de 2010 hasta la actualidad.

Mediante oficio de 3 de junio de 2015, fue designado como Supervisor de los Contratos 161 y 162 de 2015.

Mediante oficio 0753 del 15 de diciembre de 2016, se remitió al despacho de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el hallazgo Fiscal 024 de 2016 (archivo10, carpeta 1 págs. 1-7), con ocasión de la auditoría regular realizada al Hospital Universitario San José Popayán E.S.E., vigencia 2015, donde se evidenció un presunto detrimento patrimonial por cuantía de **CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS MCTE (\$4.006.242)** correspondiente a las irregularidades presentadas en la ejecución de los contratos de prestación de servicios nro. 161 y 162, así:

Se encontraron las siguientes irregularidades presentadas dentro de los contratos de prestación de servicios profesionales 161 y 162: Similitud en los objetos de los contratos números 161 y 162 de 2015. - Pagos efectuados sin el lleno de los requisitos establecidos en el contrato y la no presentación de soportes que evidencien el cumplimiento de las obligaciones contractuales. - Turnos cobrados y pagados a pesar de que Migración Colombia registra que las contratistas se encontraban fuera del país.

Mediante Auto nro. 46 del 15 de junio de 2017 (archivo 13, carpeta 4, págs. 169 – 190), se ordenó la apertura e imputación de responsabilidad fiscal en contra de los señores: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELÉNDEZ, C.C. nro. 10.540.488, MARÍA XIMENA MARTÍNEZ OROZCO, C.C. nro. 34.540.448 y GLORIA ELIZABETH MARTÍNEZ OROZCO, C.C. nro.34.534.880, en el proceso RF06-2017, el cual se adelantó bajo el procedimiento verbal de única instancia, con fundamento en el HALLAZGO FISCAL NRO. 024 DE 2016, VIGENCIA 2015, modificando la cuantía del presunto detrimento patrimonial así:

ARTÍCULO TERCERO: Aperturar e imputar responsabilidad fiscal, en forma solidaria, de conformidad con el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, en contra de:

- PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELÉNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.540.448, en calidad de supervisor de los contratos No. 161 y 162 de 2015, funcionario de planta del Hospital Universitario San José de Popayán ESE en cuantía de **SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$74'008.440)**

ARTÍCULO CUARTO: Aperturar e imputar responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, en contra de:

- MARÍA XIMENA MARTÍNEZ OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.540.448, en calidad de contratista, en cuantía de por la suma de **NUEVE MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$9'052.272)**
- GLORIA ELIZABETH MARTÍNEZ OROZCO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.534.880, en calidad de contratista, en cuantía de por la suma de **SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$64.956.168,00)**

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En audiencia de 2 de agosto de 2018 (anexo demanda), la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, falló con Responsabilidad Fiscal en cuantía de OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$82.989.282) contra el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ, en calidad de supervisor de los contratos nro. 161 y 162 de 2015 y declaró tercero civilmente responsable a la aseguradora LA PREVISORA S.A. En dicho fallo se exoneró de responsabilidad fiscal a las señoras MARÍA XIMENA MARTÍNEZ OROZCO y GLORIA ELIZABETH MARTÍNEZ OROZCO y ordena remitir el expediente a surtir el grado de consulta, en razón del fallo sin responsabilidad decretado a favor de las contratistas.

Contra el fallo de Responsabilidad Fiscal de 2 de agosto de 2018 el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ y la aseguradora llamada en garantía formularon recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante auto nro. 038 de 31 de octubre de 2019 (archivo 15, carpeta 6), confirmando la decisión inicial, tasando la cuantía del detrimento patrimonial en **DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$17.514.646).**

En el recurso solicitado, el actor solicitó tener como prueba el oficio de 16 de agosto de 2018 (anexo 7 demanda), suscrito por la Gerente del HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ ESE de Popayán, el cual se expidió para aclarar el informe rendido el 25 de enero de 2018 a la Contraloría Municipal. En este documento se indica expresamente que “las planillas de turnos de servicios prestados y con recibido de la subgerencia científica no existen, y explica que los cuadros de turnos aportados el 25 de enero de 2018 (entre otras cosas fundamento de la decisión de la contraloría) *no correspondían a las horas efectivamente ejecutadas, sino a las horas que antes de cada mes, el contratista aportó como proyección, pues sólo estos son los que se radican en la Subgerencia Científica del Hospital, siendo el trámite de revisión de horas ejecutadas, un asunto exclusivo del Supervisor de cada contrato. Finalmente aclara, que los cuadros de turno efectivamente ejecutados se hacen de conocimiento de los supervisores, en el momento en que el contratista radica su cuenta, de forma que, la auditoría sobre la cuenta, y el resultante informe de supervisión, solo puede ser realizado con posterioridad, a la actuación del contratista.*

Esta prueba fue desechada de plano en la audiencia de sustentación del recurso, ordenando la compulsión de copias para investigar penalmente una presunta falsedad ideológica, decisión que debió estar sustentada, si hubiera lugar a ello, pero no en ese momento procesal, sino en la providencia que resolvió la alzada, lo cual constituye en sí mismo un acto arbitrario que vulnera el debido proceso constitucional, como veremos más adelante.

Mediante Auto nro. 008 de 25 de noviembre de 2019 se resolvió el grado jurisdiccional de consulta, confirmando el Auto nro. 38 de 31 de octubre de 2019, y nuevamente modifica la cuantía en **SETENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (70'919.658)**. No se indica en esta providencia el sustento para modificar la cuantía del detrimento patrimonial consignado en la providencia consultada, y que la había definido en **\$ 17.514.646**.

Para el Despacho no es claro el procedimiento adelantado por la Contraloría Municipal, quien desde el HALLAZGO FISCAL 024 DE 2016, modificó en cada etapa procesal el valor del presunto detrimento patrimonial, pasando de una cuantía de CUATRO MILLONES SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS MCTE (\$4.006.242), a SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$74.008.440) en el auto de imputación; a OCHENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$82.989.282) en el fallo, a DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$17.514.646), en el auto que confirma el fallo y luego a SETENTA MILLONES NOVECIENTOS DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (70'919.658), en la providencia que resuelve el grado de consulta. Así las cosas, el organismo de control fiscal desconoció en principio, lo regulado en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, que señala que desde el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal se deberá determinar el daño patrimonial y la estimación de su cuantía, así como

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

decretar las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes, para verificar su ocurrencia.

Al Respecto, el Consejo de Estado señaló⁷ que una de las condiciones de existencia del proceso de RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, es la CERTEZA DEL DAÑO y la CUANTÍA:

Sea lo primero señalar que el carácter cierto del daño es una de las condiciones de su existencia. Se opone al daño cierto y no da lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, aquel que es eventual, hipotético, estocástico o aleatorio. Este presupuesto de la responsabilidad (que el daño sea cierto) ha merecido ser puntualizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia debido a ciertas circunstancias casuísticas que lo ameritan, ora para evitar la indemnización de daños eventuales, ora para evitar absoluciones injustas. En tal sentido es necesario diferenciar la situación que se presenta cuando la cuantía del perjuicio es incierta. En estos eventos se parte de que el daño es cierto y está probado, pero no existen elementos para determinar el quantum de la indemnización, lo que conduce a que se declare la responsabilidad y se defina el monto de la indemnización a través de indicios y presunciones aplicadas arbitrio iuris o mediante un incidente de liquidación de perjuicios según sea el caso

En este sentido, el daño patrimonial debe ser cierto y debidamente cuantificado, no puede incrementarse o disminuirse al arbitrio del investigador fiscal, deberá estar debidamente soportado y probado.

No es de recibo para este Despacho, que el organismo de control, ni en el hallazgo 024, con toda la capacidad auditora de la entidad, con los profesionales especializados en el tema fiscal, con las facultades para el recaudo probatorio, no haya podido establecer de forma exacta el valor del presunto daño patrimonial, todo esto en consideración a las decisiones fluctuantes referentes a la cuantía, consignada en los diferentes estadios procesales. Menos aún, el establecimiento de responsabilidad fiscal para el encargado de la vigilancia del contrato, pero la exoneración de las profesionales, que, en principio, sí no prestaron el servicio en las horas cobradas como laboradas, se enriquecieron a costa de la administración pública.

Según el Consejo de Estado⁸, citando la sentencia C- 619 de 2002 de la Corte Constitucional:

"No obstante, los agentes estatales que no cumplen gestión fiscal, si bien no manejan directamente recursos estatales, también se hallan en el deber de proceder con estricto apego al principio de legalidad que rige sus actos y por ello, al apartarse de esa directriz, pueden también incurrir en responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial. Si ello es así, no hay motivos para que la ley establezca un régimen de responsabilidad fiscal y patrimonial con distintos fundamentos de imputación."

De otro lado, el Despacho resalta la forma como en la audiencia de sustentación del recurso instaurado contra el fallo de responsabilidad fiscal se desechó de plano la prueba documental presentada por el actor, cuestionando sin sustento legal y probatorio su legitimidad, lo que constituye un prejuizgamiento, ya que, según lo preceptuado en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, el recurso interpuesto en la audiencia de decisión solo sería resuelto dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación del mismo, como efectivamente se hizo, pero con una prevaloración probatoria.

Entonces, no le era válido a la Contraloría Municipal pronunciarse en esa etapa procesal respecto de la prueba aducida por la parte actora con la sustentación del recurso. La validez de la misma, su pertinencia, conducencia, o necesidad debió decidirse en el auto que

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION PRIMERA -Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA - Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015) -Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01 - Actor: MARTA INÉS MARTÍNEZ ARIAS -Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA – CONTRALORÍA MUNICIPAL DE –ARMENIA -Referencia: APELACION SENTENCIA.

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA -Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO - Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil cuatro (2004) - Radicación número: 05001-23-31-000-1997-2093 01 - Actor: LUIS CARLOS OCHOA Y NORMA AMPARO VALENCIA OSORIO - Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA - Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 10 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

resolvió el recurso de reposición presentado. Era procedente que la parte actora aportara o pidiera pruebas con el recurso presentado, al tenor del artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, que dispone que en los recursos deberán reunir entre otros, los siguientes requisitos:

1. *Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
 2. *Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
 3. **Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.**
 4. *Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*
- (...)

En consecuencia, el prejuzgamiento y la falta de la valoración de la prueba presentada con el recurso de reposición incoado contra el fallo, vulneró el debido proceso constitucional, porque desconoció las formas propias del juicio de responsabilidad fiscal.

En sentencia T-576 de 1992, la Corte Constitucional hizo entre otras precisiones sobre el Derecho Fundamental al Debido Proceso Administrativo:

"Es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones". Dentro de aquellas circunstancias, se encuentran los medios, que el conocimiento jurídico denomina "RECURSOS", a disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la ley, y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", a fin de permitir a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial. Existe, además, la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, como un requisito previo, establecido por la ley, para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica, nada menos, que su debido agotamiento es requisito indispensable para el ejercicio, en los casos de ley, del derecho fundamental al libre acceso a la justicia. La razón de la exigencia legal del agotamiento señalado, es la de que la administración revise los reparos que se le formulen a su actuación, antes de que conozca de ellos quien tiene la competencia para juzgados, a fin de que pueda enmendados, cuando sea oportuno.

Así mismo en la sentencia C-365 de 1994, reiterada en otras providencias entre ellas en la sentencia C-788 de 2002, dijo:

Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso. En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituido en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso. Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

*Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31) puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad. Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables **dentro de la concepción de un debido proceso.***

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

Expediente: 19-001-33-33-008 – 2020– 00087 – 00
Actor: PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONTRALORÍA MUNICIPAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El Despacho no se pronunciará en esta oportunidad respecto de los demás cargos formulados contra los actos administrativos demandados para lo cual se requiere el decreto y recaudo probatorio, siendo evidente en esta etapa procesal, una contradicción entre los actos acusados y las normas superiores, por la vulneración del debido proceso establecido en el artículo 29 constitucional, con lo cual se da respuesta al problema jurídico planteado en esta providencia.

En consecuencia, se decretará la suspensión provisional, de los actos administrativos contentivos del fallo de responsabilidad fiscal de 2 de agosto de 2018, Auto nro. 38 de 31 de octubre de 2019, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición, y del Auto nro. 008 de 25 de noviembre de 2019, mediante el cual se resolvió el grado de consulta, únicamente respecto de las decisiones proferidas contra el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ con C.C. nro. 10.540.488.

En mérito de lo expuesto, se DISPONE:

PRIMERO: Decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos expedidos en el proceso de responsabilidad fiscal RF06-2017 de 2 de agosto de 2018, Auto nro. 38 de 31 de octubre de 2019, mediante el cual se resuelve el recurso de reposición, y del Auto nro. 008 de 25 de noviembre de 2019, mediante el cual se resolvió el grado de consulta, únicamente respecto de las decisiones proferidas contra el señor PEDRO VOLTAIRE BURBANO MELENDEZ con C.C. nro. 10.540.488.

SEGUNDO: La Contraloría Municipal de Popayán deberá comunicar esta decisión de inmediato a la CONTRALORIA GENERAL DE LA NACIÓN – CONTRALORIA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES y JURISDICCION COACTIVA, a las instancias de registro y ejecución, para lo de su competencia.

Se advierte que de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del C.G.P., sin perjuicio de la acción disciplinaria que haya a lugar, el juez podrá sancionar con multas hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

TERCERO: Notificar por estado electrónico a las partes, como lo establece el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia, por medio de publicación virtual del mismo en la página Web de la Rama Judicial, a la dirección electrónica: lawren1958@gmail.com; contactenos@contraloria-popayan.gov.co; secretariageneral@contraloria-popayan.gov.co;

CUARTO: Recordar a las partes que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, en concordancia con lo previsto en el artículo 3 del decreto 806 de junio de 2020, todo memorial o documento presentado al juzgado deberá ser enviado simultáneamente a los correos electrónicos de los demás sujetos procesales y acreditarse su envío ante la autoridad judicial.

Ello incluye la demanda, la contestación de la demanda, el escrito de excepciones, el escrito que descurre las excepciones, los recursos, las pruebas, los alegatos y cualquier solicitud que sea presentada al juzgado. Las partes y sujetos procesales deben observar los plazos legales que correspondan a los respectivos traslados.

Se reconoce personería para actuar a la abogada LAURA CAROLINA DORADO PORTELA, con C.C. nro. 1.061.762.418 y T.P. nro. 289.899, como apoderada de la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN, en los términos del poder conferido con la contestación de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez
ZULDERY RIVERA ANGULO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª #2-18 – Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, ocho (8) de febrero de 2021

Expediente: 19001-33-33-008-2021-00194-00
Accionante: ALFONSO JAVIER ERAZO ROSERO
Accionada: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
NACIONAL – ÁREA DE SANIDAD
Acción de Tutela: INCIDENTE DE DESACATO

Auto interlocutorio núm. 073

Decide incidente de desacato-
Impone sanción

Mediante escrito allegado a través del correo electrónico del Despacho, el señor ALFONSO JAVIER ERAZO ROSERO informó que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional no ha dado cabal cumplimiento a la orden judicial contenida en la sentencia de tutela, por cuanto, pese a haber aportado toda la historia clínica con el escrito de tutela, no le fueron remitidas la totalidad de las órdenes de concepto médico, a saber:

1. OTORRINO Y AUDIOMETRÍA: sinusitis, amigdalitis crónica.
2. ORTOPEDIA y FISIATRÍA: LUMBALGIA (Trastorno doloroso común que afecta la zona inferior de la columna vertebral.), HERNIA DISCAL (Ocurre cuando todo o parte de un disco de la columna es forzado a pasar a través de una parte debilitada del disco).
3. MEDICINA GENERAL: disnea (es la dificultad respiratoria o falta de aire) posterior a HPAF (herida por arma de fuego) en tórax.
4. ODONTOLOGIA: deficiencia física.
UROLOGÍA: disuria.

Mediante sentencia de tutela núm. 204 de 8 de noviembre de 2021, este juzgado dispuso:

"PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana y a la salud del señor ALFONSO JAVIER ERAZO ROSERO identificado con la cédula de ciudadanía nro. 97.472.198, vulnerados por el señor Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANO -DIRECTOR DE LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, según lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar al señor Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANO -DIRECTOR DE LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a remitir y reportar la totalidad de las órdenes de concepto médico, de las enfermedades padecidas y adquiridas en el Ejército Nacional, conforme los diagnósticos consignados en la historia clínica del exmilitar, con el respectivo diligenciamiento del formato de Ficha Médica Unificada Administración y Retiro de Personal.

TERCERO: El Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANO -DIRECTOR DE LA DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL dará inmediato aviso a este Despacho sobre el cumplimiento de esta decisión."

Mediante Auto interlocutorio núm. 035 de 27 de enero de 2022, se dio apertura al incidente de desacato, requiriendo al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO en calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional, para que hiciera uso de su derecho de contradicción y rindiera informe, señalando las causas de la omisión en el cumplimiento del fallo tutela núm. 204 de 08 de noviembre de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

La autoridad frente a la cual se dio apertura el presente trámite incidental guardó silencio.

I.- CONSIDERACIONES

PRIMERO: Incidente de desacato.

El desacato es un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez sancione con arresto o multa a quien con responsabilidad desatienda las órdenes proferidas mediante sentencias que buscan proteger los derechos fundamentales.

Debe precisarse entonces que la figura del desacato ha sido entendida como una medida que tiene un carácter coercitivo¹, con la que cuenta el juez para conseguir el cumplimiento de las obligaciones que emanan de sentencias de tutela proferidas para evitar o reparar la vulneración de derechos constitucionales.

Con respecto a la naturaleza jurídica del incidente de desacato, ha establecido la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales que:

*"El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella protegidos."*²

El soporte legal del desacato está consagrado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, en los cuales se establece:

"Artículo 27. (...) El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de una juez proferida con base en el presente Decreto, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción (...)".

De esta manera, se tiene que el desacato se convierte en uno de los instrumentos para lograr la protección de derechos fundamentales, cuya violación ha sido evidenciada a partir de una providencia judicial que surgió con ocasión de la resolución de una acción de tutela. Dicho mecanismo consiste en la posibilidad de imponer ciertas sanciones con el propósito de obtener el cumplimiento de lo ordenado en la respectiva sentencia.

El Consejo de Estado ha considerado que:

"Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo y 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas

¹ Cfr. Sentencia T-188 de 2002.

² Corte Constitucional, Sentencia T-763 de 1998. Exp. 161333. M.P. Alejandro Martínez Caballero

*que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia*³.

*Ahora bien, ya ha quedado claro que el juez, además de tener la obligación de velar por la observancia de la sentencia de tutela, tiene la posibilidad de tramitar a petición de parte, un incidente de desacato. De acuerdo con esto, se encuentra que el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, debe precisarse que la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia*⁴.

La Corte Constitucional en la sentencia T- 763 de 1998 al hablar del tema en referencia expuso:

"Es el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento".

Así, la Corte al establecer las diferencias entre el cumplimiento y el desacato determina:

*"(...) De las anteriores diferencias se concluye que, el cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración; por su parte, el desacato es una cuestión accesoria de origen legal y para que exista se requiere una responsabilidad de tipo subjetivo consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela (...)"*⁵

Conforme a lo anterior el desacato, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia, es una conducta que implica no solo demostrar el incumplimiento a una orden impartida a través de un fallo tutela, sino también acreditar que dicho incumplimiento se ha dado por la actuación negligente de una autoridad, lo cual conlleva a que se configure la responsabilidad por dicha omisión y con ello, la respectiva sanción.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional⁶ ha precisado que la imposición o no de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela. En tal sentido, en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, y quiere evitar la imposición de una sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, este podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor.

Por lo anterior, al tenor del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 y en virtud de las facultades constitucionales conferidas, se dio apertura al incidente de desacato en el caso bajo estudio, cuyo objetivo es el de persuadir y en su defecto sancionar al responsable de ese incumplimiento, pues la autoridad encargada de dicho cumplimiento no ha acreditado la expedición de las órdenes de concepto médico de las enfermedades padecidas y adquiridas en el Ejército Nacional, relacionadas en precedencia, conforme los diagnósticos consignados en la historia clínica del exmilitar, con el respectivo diligenciamiento del formato de Ficha Médica Unificada Administración y Retiro de Personal.

Acorde con lo establecido legalmente, el trámite del desacato tiene un carácter incidental, el cual puede finalizar con la expedición de un auto que imponga una sanción de "arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar".

Bajo el anterior criterio, y teniendo en cuenta las actuaciones procesales y administrativas surtidas dentro del presente asunto, el Despacho considera que el fallo de tutela núm. 204 de 8 de noviembre de 2021, que fue favorable al accionante, (i) no se ha cumplido por parte del Área de

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto de 22 de enero de 2009. M.P. Susana Buitrago Valencia

⁴ Ver sentencia T-421 de 2003 y T-368 de 2005. Adicionalmente, ver artículos 23, 27, 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991

⁵ Sentencia T – 171 de 2009

⁶ Ver sentencia T-421 de 2003

Expediente: 19001-33-33-008-2021-00194-00
Accionante: ALFONSO JAVIER ERAZO ROSERO
Accionada: DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL
Acción de Tutela: INCIDENTE DE DESACATO

Sanidad del Ejército Nacional, (ii) y esto ocurrió por la negligencia de la autoridad encargada de remitir y reportar la totalidad de las órdenes de concepto médico, necesarias para recibir la atención médica que requiere.

SEGUNDO: Incumplimiento del fallo judicial.

En el fallo de tutela, se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso, a la dignidad humana y a la salud vulnerado por el área de sanidad del Ejército Nacional, y se ordenó que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a remitir y reportar la totalidad de las órdenes de concepto médico, de las enfermedades padecidas y adquiridas en el Ejército Nacional, conforme los diagnósticos consignados en la historia clínica del exmilitar, con el respectivo diligenciamiento del formato de Ficha Médica Unificada Administración y Retiro de Personal.

Se dio apertura al incidente de desacato, y el director del área de sanidad del Ejército Nacional, guardó silencio.

De acuerdo con lo señalado, esta instancia judicial encuentra que se configuran los dos supuestos para imponer la sanción por desacato a la orden judicial contenida en el fallo de tutela antes mencionado: (i) por un lado el elemento objetivo del fallo el cual se verifica con la omisión en la expedición en debida forma de las órdenes de concepto por medicina laboral por el servicio de OTORRINO y AUDIOMETRÍA para las complejidades de sinusitis y amigdalitis crónica, ORTOPEDIA y FISIATRÍA: LUMBALGIA (Trastorno doloroso común que afecta la zona inferior de la columna vertebral.), HERNIA DISCAL (Ocurre cuando todo o parte de un disco de la columna es forzado a pasar a través de una parte debilitada del disco), MEDICINA GENERAL: disnea (es la dificultad respiratoria o falta de aire) posterior a HPAF(herida por arma de fuego) en tórax, ODONTOLOGIA: deficiencia física y UROLOGÍA: disuria; (ii) y por otro, se cumple con el elemento subjetivo, como quiera que no se acreditó si quiera frente al trámite incidental, las actuaciones adelantadas, encaminadas a la expedición de las mencionadas órdenes de concepto médico, que garanticen la continuidad del tratamiento médico del accionante.

Lo anterior, toda vez que, si bien la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional expidió las ordenes de AUDIOMETRÍA TONAL SERIADA por diagnóstico de hipoacusia, PSIQUIATRÍA (COMITÉ BASAN) en el que se anota un diagnóstico ilegible por la calidad de impresión del documento, NEUROLOGÍA por diagnóstico de cefalea, MEDICINA FAMILIAR por el diagnóstico de mareo, ORTOPEDIA con diagnóstico ilegible, orden por especialidad ilegible con diagnóstico ilegible, ELECTROMIOGRAFIA + NEUROCONDUCCIÓN con diagnóstico ilegible, otra orden por especialidad ilegible con diagnóstico ilegible, todas del 6 de diciembre de 2021; no especificó las complejidades a valorar, por lo que al momento de acudir a la cita, no se le brindará la atención requerida.

De acuerdo con lo anterior y recalcando que el desacato constituye un instrumento para lograr la protección de derechos fundamentales, cuya violación ha sido evidenciada a partir de una providencia judicial que surgió con ocasión de la resolución de una acción de tutela, este Despacho acudirá a la sanción prevista en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, que regula este mecanismo constitucional, ante el incumplimiento a la orden judicial impartida, por parte del área de sanidad del Ejército Nacional, imponiéndole una multa de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por lo expuesto, este Juzgado, RESUELVE:

PRIMERO: Imponer al Brigadier General CARLOS ALBERTO RINCÓN ARANGO en calidad de director de Sanidad del Ejército Nacional, multa de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes, como sanción por incumplimiento al fallo de tutela núm. 204 de 8 de noviembre de 2021 por lo expuesto.

SEGUNDO: Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad mencionada deberá dar cumplimiento inmediato al fallo de tutela núm. 204 de 8 de noviembre de 2021, y, en consecuencia, deberá de manera inmediata proceder a expedir las órdenes necesarias para la atención por las especialidades en OTORRINO Y AUDIOMETRÍA: sinusitis, amigdalitis crónica, ORTOPEDIA y FISIATRÍA: LUMBALGIA (Trastorno doloroso común que afecta la zona inferior de la columna vertebral.), HERNIA DISCAL (Ocurre cuando todo o parte de un disco de la columna es forzado a

Expediente: 19001-33-33-008-2021-00194-00
Accionante: ALFONSO JAVIER ERAZO ROSERO
Accionada: DIRECCIÓN DE SANIDAD EJERCITO NACIONAL
Acción de Tutela: INCIDENTE DE DESACATO

pasar a través de una parte debilitada del disco), MEDICINA GENERAL: disnea (es la dificultad respiratoria o falta de aire) posterior a HPAF (herida por arma de fuego) en tórax, ODONTOLOGIA: deficiencia física, y, UROLOGÍA: disuria; que requiere el accionante.

Los documentos que suministre deberán ser legibles.

TERCERO: Consúltese esta decisión al Tribunal Administrativo del Cauca en el efecto suspensivo, para lo cual se acudirá al respectivo reparto por intermedio de la Oficina Judicial de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Popayán.

CUARTO: Notificar a las partes por el medio más expedito. A la parte accionante al correo electrónico bibiana.legardaz@hotmail.com, a la entidad accionada a los correos disan.juridica@buzonejercito.mil.co, notificacionesDGSM@sanidad.mil.co

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La Juez


ZULDERY RIVERA ANGULO