CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 68001233100020010042501

Actor: William Duarte Rojas

Demandada: Contraloría General de la República

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 26 de Julio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual declaró la nulidad de los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en los actos administrativos enjuiciados, por lo que ordenó a la entidad de control demandada la devolución de los dineros que hubiera pagado el actor por este concepto.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El demandante por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, contra la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental de Santander, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Que se declare la nulidad de la Resolución N° 003 de febrero 28 de 2000 contentiva del Fallo con responsabilidad fiscal en contra de los señores William Duarte Porras en su calidad de ex gerente, Aurora Bohórquez Quast Químico Farmacéutico e Ingrid Yaneth Mejía Chaparro en calidad de ex Jefe de la Oficina de Compras todos funcionarios de la Clínica los Comuneros de Bucaramanga, por la suma de veinte millones seiscientos setenta y cinco mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$20.675.664), expedida por la División de Juicios Fiscales Seccional Santander.

-Que se declare la nulidad de la Resolución N° 0101 del 15 de septiembre de 2000, expedida por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada de Investigaciones, por medio de la cual no accedió a las pretensiones del recurso de apelación interpuesto por el actor, por lo que confirmó en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal N° 003 de febrero 28 de 2000,.

-Que se declare que el demandante no incurrió en responsabilidad fiscal en relación con los hechos objeto de la investigación fiscal N° 1040, por lo que no está obligado a pagar suma de dinero alguna.

-Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene al ente de control demandado, reembolsar al actor las sumas de dinero que hubiera tenido que pagar, actualizadas a la fecha de ejecutoria del presente fallo, junto con los respectivos intereses. Que se ordene a la Contraloría a pagar al actor, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a 500 gr. de oro puro.

1.2. Hechos:

Afirmó el apoderado del actor que el 20 de junio de 1997 la IPS Clínica Los Comuneros abrió un procedimiento concursal para recibir cotizaciones para múltiples medicamentos sólidos, entre ellos, NIMODIPINA y que los interesados en participar, debían depositar sus propuestas y muestras para la calificación técnica. Que correspondía a los químicos de la Clínica, efectuar la evaluación técnica y diligenciar el formato de *criterios de calificación técnica*.

Menciona que una vez efectuada esta calificación, la oficina de Compras de Bienes y Servicios de la Clínica, debía recoger la información técnica y financiera elaborando el orden de elegibilidad y someter la actuación al gerente para que como ordenador del gasto, efectuara la respectiva adjudicación.

Indica que el Químico Ruben Baños fue quien suscribió el formato de calificación técnica, donde evaluó diferentes componentes para el producto NIMOTOP ofrecido por el Distribuidor Edilberto Varón y Cía. Ltda, y que respecto del producto NIMODIPINO ofrecido por el Laboratorio Lafranco, apenas fue descrito pero no le puso calificación técnica. Destacó que este último, es un fármaco genérico de especificaciones distintas de la molécula original del Nimotop.

Menciona el apoderado del actor, que el formato diligenciado fue remitido por el Químico Baños a la Gerencia de la Clínica Comuneros con el oficio FCC-165 del 18 de julio de 1997, con la anotación “ok. Tramítese a compras”, además que el actor le puso un visto bueno mediante un círculo en el que encerró el precio del producto NIMOTOP. Este documento fue enviado de la Gerencia a Compras para que continuara el trámite respectivo.

Señala que de acuerdo con las versiones dadas por la Jefe de Compras de la Clínica ante las autoridades disciplinaria y fiscal, ella supuso que el trámite que debía seguir era el de dar por adjudicado el contrato y elaborar las respectivas resoluciones, sin tener en cuenta que para el caso de la NIMODIPINA, no se había elaborado el cuadro consolidado de calificación técnica y financiera.

Por su parte, el actor en su calidad de gerente encargado de la clínica, entendió que el trámite que se debía seguir era que la oficina de compras, debía consolidar la información con todos los factores de calificación, motivo por el cual no le pareció irregular ni le llamó la atención que la propuesta de Lafrancol no tuviera calificación técnica, ya que el guión puesto en esa casilla lo interpretó como carencia de requisitos para su evaluación.

A su turno menciona que el Químico Baños, explicó que no se calificó la propuesta de Lafrancol, porque no se presentó la muestra o al menos no apareció, situación que no se pudo corregir. Sobre la misma omisión la Química Aurora Bohórquez indicó que fue por un error involuntario que se omitió la calificación a Lafrancol.

Señala que el 30 de julio de 1997 se posesionó el señor Juan de Jesús Trillos Vargas, como Gerente de la IPS en reemplazo del actor Duarte Porras, por lo que éste perdió toda

conexión con el procedimiento que adelantaba el departamento de compras de la Clínica. Que el nuevo Gerente fue quien adjudicó el contrato al Distribuidor Edilberto Varón y Cía Ltda., por lo que se suscribió el contrato 131 de 1997 para adquirir el medicamento Nimodipina de 30 mg.

En vista de los anteriores hechos, la Gerencia Departamental de Santander de la Contraloría General de la República abrió el 16 de octubre de 1998, investigación fiscal dentro del expediente 1040. Que luego de la actuación adelantada, la División de Juicios Fiscales declaró fiscalmente responsable al demandante, *“porque según el parecer del funcionario fiscal, el doctor Duarte **adjudicó** el contrato y éste fue lesivo para los intereses del ISS, porque frente al precio pactado, Lafrancol ofrecía mejores condiciones.”*, tal y como lo señaló el Fallo con Responsabilidad Fiscal 003 del 28 de febrero de 2000. Frente a este acto se interpuso recurso de apelación, siendo confirmada la resolución apelada, mediante Fallo 101 del 15 de septiembre de 2000.

Indica que hasta la fecha de presentación de la demanda, el actor no ha pagado ninguna suma de dinero pero está ordenado el procedimiento para el cobro coactivo de la presunta obligación fiscal. En todo caso menciona el apoderado del actor que la sanción y la inscripción en el Boletín Fiscal, le ha causado graves perjuicios morales al actor al lesionar su buen nombre y limitar su ejercicio laboral en el sector de la contratación estatal, aunado a los perjuicios derivados de la actuación ante la jurisdicción coactiva.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación:

En el sentir del apoderado del demandante los actos administrativos acusados vulneran las siguientes normativas: el artículo 29 de la Constitución Política; los artículos 8, 11, 12, 72,

75, 79, 83 y 84 de la Ley 42 de 1993; 11, 13, 24, 25-8, 29, 30 y 32 de la Ley 80 de 1993; 35, 62, 83 y 84 del CCA y los artículos 1, 4, 5, 6, 23, 26, 53 y 67 de la Ley 610 de 2000.

Considera la parte actora que le resultó violentado el derecho al debido proceso, en la medida en que la Contraloría General de la República encontró responsable al demandante por un daño fiscal, cuya existencia no se encuentra demostrada; además que se comprobó que el actor no es el autor de la conducta que eventualmente hubiera producido el daño, por cuanto no fue quien adjudicó ni menos fue quien suscribió el contrato.

Afirma el vocero del actor que no se probó el daño fiscal, pues la Contraloría se limitó a comparar los precios de los medicamentos en competencia, sin examinar ni establecer que el producto que ofrecía LafrancoI pudiera corresponder a idénticas calidades y especificidades técnicas que la molécula original y por consiguiente, sin valorar todos los factores de calificación que debían tenerse en cuenta, al tenor del artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, aduce que no se probaron los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad del actor, porque el expediente se construyó sobre un visto bueno impartido en el resumen de la calificación técnica, el cual considera que carece de toda connotación jurídica, pues no es un acto administrativo como tal, *“no contiene expresión de voluntad de especie alguna; nada resuelve en los trámites preparatorios de la adjudicación del proceso de selección; no es adjudicación ni es contrato (CCA. arts. 35, 62, 83 y 84; Ley 80 de 1993, arts. 11, 13, 24, 25-8, 29, 30 y 32)”*.

Manifiesta que en la actuación fiscal, se probó que la adjudicación la hizo otro gerente, que el contrato lo suscribió otro gerente y que para esa época, el actor no ejercía las funciones

de ordenador del gasto, razón más que suficiente para afirmar que es jurídicamente imposible sostener que pudiera causar daño fiscal alguno, pues la conducta que se le atribuye no la realizó el demandante sino otra persona.

En este sentido considera que para el actor, era perfectamente claro que existiendo propuesta hábil para la Nimodipina, el trámite debía continuar, es decir, consolidar la información técnica y financiera y decidirse sobre la compra, por cuanto no tenía por qué saber si Lafranco había o no presentado muestras, o si fue que se trató de un error involuntario al que alude la química Aurora Bohorquez.

Insiste el apoderado de la parte actora, que el sancionado fiscalmente simplemente conoció los criterios de calificación técnica tal y como se los pasaron los químicos, los avaló con su firma y los pasó a Compras. De allí que a su juicio, lo que pasó después no era de su resorte, porque para la época en la que debió regresar la documentación completa para la respectiva adjudicación por parte del ordenador del gasto, el actor ya no estaba encargado de la gerencia de la Clínica.

Menciona que no tenía por qué causarle sorpresa al investigado, la diferencia de precio entre la propuesta de Lafranco que ofreció un medicamento genérico y la del Distribuidor Varón que ofreció la molécula original del fabricante Bayer, pues este precio estaba muy por debajo del precio de venta al público. Por lo que en caso de haber sido necesaria la renegociación de precios, esta tarea le habría correspondido adelantar al nuevo Gerente de la IPS doctor Trillos y no al actor.

Finalmente y a título de cargo subsidiario, invoca el ejercicio extemporáneo de la acción fiscal, al considerar que el órgano de control fiscal ya había perdido la competencia

funcional para impulsar la investigación fiscal, por tanto había operado la caducidad de la acción fiscal, de acuerdo con el artículo 38 CCA.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Contraloría General de la República a través de apoderada judicial, presentó escrito¹ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Afirma que el proceso de responsabilidad fiscal adelantado en contra del actor, tuvo como fundamento el hecho incuestionable de que la Clínica Los Comuneros de Bucaramanga adquirió 30.000 tabletas del medicamento Nimodipina de 30 mg, a la Distribuidora Varón y Cía. Ltda, mediante contrato N° 131/97 sin tener en cuenta la propuesta presentada por Laboratorios Lafrancol que ofrecía un precio más económico, lo cual dio una diferencia entre los proponentes de \$15.429.600,00

Informa el vocero de la Contraloría que en el proceso contractual, no se cumplieron las exigencias señaladas en la Guía Práctica de la Reorganización del Proceso Administrativo de Medicamentos, que establece el procedimiento para la Adquisición de Medicamentos.

Lo anterior, porque la química encargada de realizar la calificación técnica al producto ofrecido por Lafrancol, no la realizó por un olvido involuntario según lo afirmó en el proceso fiscal. A su vez, la Jefe de procesos de adquisición de bienes y servicios o de compras de la Clínica, omitió elaborar los cuadros comparativos de los medicamentos adjudicados, siendo este un requisito necesario de cumplir. De allí que lo evidencia, es la inexistencia de los

¹ Obra a folios 68 al 74 Cuaderno 1

análisis de los precios de las propuestas y cuadro de puntajes obtenidos que exige el Manual del Proceso Administrativo de Medicamentos.

Destaca la representante del ente de control, que según las justificaciones dadas por el actor en el proceso fiscal, lo que se evidencia es que no existió relación entre el procedimiento por éste ejecutado y el procedimiento previo a la adjudicación del contrato según el Manual de contratación del ISS, por lo que la adjudicación que hizo el actor en su condición de Gerente encargado de la clínica, desconoció las razones técnicas o los motivos por los cuales se descalificaba el medicamento ofrecido por Lafranco.

Luego de efectuar un análisis a las versiones dadas por las demás personas investigadas en el proceso fiscal junto con el actor, llegó a la conclusión de que la adjudicación efectuada por éste, desconoció las normas de contratación pública entre ellas la contenida en el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que señala la obligación que tienen los servidores públicos de buscar la correcta ejecución de la contratación, citando apartes de la sentencia C-540 de 1997 mediante la cual la Corte Constitucional señaló las características del proceso de responsabilidad fiscal.

Finalmente refutó el cargo de la extemporaneidad de la acción fiscal, al considerar que si bien es cierto no hay disposición expresa en la Ley 42 de 1993 sobre la caducidad de la acción en el proceso fiscal, la Corte Constitucional vía jurisprudencial ha dejado sentado que esta figura procesal se presenta, transcurridos dos años contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento expreso o tácito de la respectiva cuenta.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 26 de julio de 2010 el Tribunal Administrativo de Santander² declaró la nulidad de los fallos con responsabilidad fiscal números 003 del 28 de febrero de 2000 y 0101 del 15 de septiembre de 2000, en cuanto a que declararon responsable fiscal al actor y le impusieron el pago de una suma de dinero. Ordenó a la Contraloría devolviera los dineros que el demandante hubiera cancelado con su respectiva indexación, así como el retiro de su nombre del Boletín de Responsables Fiscales. Denegó el reconocimiento de la indemnización por perjuicios morales reclamada en la demanda.

Para la Sala el punto central del debate jurídico, consistió en que lo primero que debía determinarse es si con el material probatorio allegado al expediente se comprobó la ocurrencia del daño fiscal y que si en el evento de no probarse éste, quedaría desvirtuada la responsabilidad fiscal imputada al actor.

Con fundamento en disposiciones legales y aporte jurisprudencial acerca de las definiciones de qué se entiende por daño fiscal, gestión fiscal y responsabilidad fiscal, cotejado con el material probatorio allegado al expediente, el a quo llegó a la conclusión de que en el presente caso no se probó el daño fiscal circunstancia que desvirtuó la responsabilidad fiscal del actor, aunado al hecho de que no resultó probado que el demandante hubiera incurrido en la conducta que se le endilgó como fuente de responsabilidad, toda vez que no fue quien adjudicó el contrato, por lo que lo procedente era declarar la nulidad de los actos acusados.

Fundamenta esta conclusión mediante las siguientes consideraciones: la materialización de la conducta “adjudicar”, no fue desarrollada por el actor sino por quien lo sucedió en el cargo de Gerente de la IPS, por tanto no se puede afirmar que incurrió en la conducta que la Contraloría tomó como fuente del presunto daño fiscal.

² La sentencia figura a folios 728 a 734 del Cuaderno Principal

Sostuvo que no se le puede imputar al actor, la conducta de “adjudicar el contrato”, ya que la adjudicación se materializó con la expedición y notificación de la Resolución N° 001391 del 6 de agosto de 1997, fecha en la que el actor ya no tenía la calidad de gestor fiscal.

Aunado a lo anterior, estimó que no puede aceptarse la tesis de la Contraloría de que el visto bueno que registró el señor Duarte Porras respecto de la oferta presentada por la Distribuidora Edilberto Varón y Cía Ltda., pueda equipararse a una adjudicación de contrato, pues ésta se desarrolla idóneamente con la adjudicación y notificación de la suscripción del contrato, sin que puede aceptarse que este visto bueno exima al titular de la competencia de adjudicar, de verificar que el proceso precontractual satisfaga la legalidad que la materia impone.

El segundo argumento expuesto por la primera instancia con base en el cual, declaró nullos los fallos con responsabilidad fiscal, consistió en que el daño fiscal por el cual la Contraloría declaró responsable al actor, consistió en que se adquirió un medicamento a un mayor costo respecto del ofrecido por otra firma, hecho que tampoco se encuentra probado, toda vez que cotejando las ofertas de uno y otro se observa que no versan sobre el mismo producto, ya que la oferta del Distribuidor Edilberto Varón & Cía Ltda. recae en el producto “nombre comercial NIMOTOP” y la de LafrancoI en el producto “Nombre genérico NIMODIPINO y nombre comercial NIDIP”, infiriéndose de ello que no se está frente al mismo referente comparativo o relacional.

Adujo también el a quo que no obra en el proceso fiscal, prueba en el sentido de que uno y otro producto sean iguales, de la misma calidad y los mismos efectos en el usuario, ni mucho menos obra prueba o estudio de “precios del mercado”, tendiente a demostrar que

el producto adquirido lo hubiera sido a un precio superior a los que el mercado ofrecía en ese momento, razón por la cual no se podía afirmar como lo hizo la Contraloría, que hubo una disminución en el patrimonio de la firma contratante por hacer una erogación mayor con referencia al precio que el mercado ofrecía respecto de idéntico producto o que otro oferente hacía.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de los fallos con responsabilidad fiscal y a título de restablecimiento del derecho, ordenó la devolución indexada del dinero que hubiera pagado el actor a la Contraloría. Denegó el reconocimiento de los perjuicios morales, por no haber sido demostrados en el proceso.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada judicial de la Contraloría General de la República interpuso y sustentó recurso de apelación³, mediante el cual solicitó la revocatoria de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander para que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, al considerar que adolece de un análisis jurídico sobre las normas relacionadas con la contratación, estudio de propuestas y calificación.

Afirma la recurrente que la sentencia impugnada sólo tuvo como fundamento de su decisión, el hecho de que el actor en su condición de gerente de la Clínica encargado no tuvo ninguna responsabilidad en el proceso de

³ Figura a folios 14 al 32 del Cuaderno 1

adjudicación del medicamento objeto del contrato cuestionado, cuando lo cierto es que era su función estar pendiente del cumplimiento de todas las fases de la contratación incluyendo los estudios jurídico, técnico y financiero que se debían cumplir, previa la adjudicación del mismo.

Menciona que el error que se pudo haber presentado, quizás por descuido o negligencia dio lugar a que se adjudicara el contrato, sin el lleno de los requisitos legales y que, no sirve de excusa afirmar que el actor no fue quien adjudicó el contrato porque no fue quien lo suscribió, por cuanto lo cierto es que el demandante si fue quien lo autorizó y se presume que estuvo al frente de todo el proceso contractual.

Insiste la apelante que la actuación del demandante fue descuidada y negligente, ya que él mismo manifestó en el proceso fiscal que no le pareció irregular ni le llamó la atención que la propuesta de Lafrancol no tuviera ninguna calificación técnica, así como el hecho de que el guion o raya puesta en la casilla de Lafrancol la hubiera interpretado como carencia de requisitos, por cuanto esta actuación lo que denota es que el Gerente sí estuvo presente en todo el proceso contractual por lo que no puede eximirse luego de responsabilidad.

Según la recurrente, no se puede desconocer que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares encargados del manejo de fondos o bienes públicos, tiene como finalidad la protección del patrimonio público, la transparencia en sus actuaciones y el cumplimiento de los fines del Estado, cometidos que tienen que hacer cumplir las contralorías.

En este sentido recuerda la apelante que el artículo 267 de la Constitución Política señala que el control fiscal se ejerce por la Contraloría General de la República, encargada de vigilar no solo la gestión fiscal de la administración sino también la de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación.

Este cometido constitucional encuentra su desarrollo en la Ley 42 de 1993 que regula el sistema de control fiscal y financiero y los organismos que lo ejercen, legislación que en su artículo 2º establece quienes son sujetos de control fiscal.

Por su parte, indicó que la Ley 610 de 2000 que establece el proceso de responsabilidad fiscal, lo define 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 ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. A su turno el artículo 6 **idem** señala que el daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyen al detrimento del patrimonio público.

A juicio de la apelante, en el presente caso quedaron demostrados los elementos que constituyen la responsabilidad fiscal: i) El daño se encuentra representado como resultado de la indebida gestión fiscal que adelantó el actor, cuando se desempeñó como Gerente de la Clínica, ii) el actuar culposo a título de culpa grave, deviene de la negligencia e irresponsabilidad con que obró el actor, permitiendo que dicha negligencia ocasionara graves perjuicios

económicos a la IPS y iii) El nexo causal entre tales elementos, se evidencia por el actuar omisivo que necesariamente dio como resultado el hecho dañoso, motivo por el cual se cumplieron las exigencias del artículo 53 de la Ley 610 de 2000 para haber proferido en contra del demandante, fallo con responsabilidad fiscal.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto durante esta etapa procesal el Delegado de la Procuraduría General de la Nación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de Contraloría General de la República presenta escrito de alegatos de conclusión⁴, en el que reitera la solicitud de revocatoria del fallo apelado al considerar que el a quo se apoyó en un equivocado planteamiento del problema jurídico, por lo que llegó a premisas incorrectas.

Aduce que la primera instancia ni siquiera se percató de hacer el análisis de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal con fundamento en los cuales la Contraloría produjo los actos acusados, por lo que no se fijó en el hecho generador del daño fiscal como consecuencia de la conducta del demandante y de la causalidad atribuible al actor.

Insiste en que contrario a lo expresado en el fallo impugnado, tanto el daño fiscal como la capacidad de atribuírselo al actor fueron plenamente acreditados en la actuación administrativa. En cuanto al **daño fiscal**,

⁴ Obra a folios 11 al 15 del Cuaderno de Segunda Instancia

considera que la entidad tuvo parámetros de comparación absolutamente claros y objetivos para establecer que la oferta ganadora del proceso contractual, resultó \$15.429.600 más costosa que la propuesta que dejó de ser evaluada sin justificación alguna.

Por tanto, sostiene que contrario a lo expresado por el a quo, el daño fiscal sí existió y consistió en que la IPS compró 30.000 tabletas de Nimodipina de 30 mg a la distribuidora Edilberto Varón mediante contrato N° 131 de 1997, sin considerar la propuesta presentada por Laboratorios Lafrancol, quien presentó un precio 77.4% más barato que el ofrecido por Varón y Cía Ltda., hecho que está suficientemente probado en el expediente.

En cuanto a la segunda consideración tenida en cuenta por el Tribunal para declarar la nulidad de los actos demandados, relativa a que el actor no podía ser responsable fiscal porque la materialización de la conducta “adjudicar” no fue desarrollada por él sino por quien lo reemplazó en la gerencia de la IPS, afirma que denota la falta de análisis y valoración del material probatorio por parte del a quo.

Lo anterior, porque el Tribunal sin soporte alguno trasladó el estudio de la causalidad del daño fiscal a la suscripción del acto administrativo que adjudicó la contratación, cuando para la Contraloría esta causalidad la situó en el hecho de haber dejado de evaluar sin justificación alguna, la propuesta que resultaba más económica en 77.4% de la que resultó seleccionada.

Insistió en que en ningún momento la Contraloría le reprochó al actor la suscripción del contrato, sino que se le reprocha que le haya otorgado el visto bueno a la evaluación que sin razón alguna dejó de calificar al

proponente que ofreció el medicamento por menor valor, es decir, la del laboratorio Lafrancol.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Los Actos Administrativos demandados

“CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
SECCIONAL SANTANDER
UNIDAD ACCIONES FISCALES Y JURIDICAS
DIVISION JUICIOS FISCALES

Bucaramanga, 28 de febrero de 2000

FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL N° 003

Procede la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, Seccional Santander en uso de las facultades contenidas por la Constitución Nacional, la Ley 42 de 1993 y la Resolución Orgánica 4549 de 1998, en virtud de las cuales se confiere la competencia para fallar el presente juicio de la

REFERENCIA:

Expediente N° 1040

Responsable Fiscal: WILLIAM DUARTE PORRAS
AURORORA BOHORQUEZ QUAST
INGRID YANETH MEJIA AMAYA

(...)

Entidad: I.S.S.

Cargo: Ex Gerente Clínica Comuneros
Químico Farmacéutico
EX Jefe oficina de Compras

Cuantía: \$20.675.664

(...)

ANALISIS PROBATORIO

Se halla claramente demostrado en el presente proceso que se adquirió por parte de la Clínica Comuneros 30.000 tabletas del medicamento Nimodipina de 30 mg, a la Distribuidora Edilberto Varón y Cía Ltda., mediante contrato N° 131/97 sin tener en cuenta la propuesta presentada por Laboratorios Lafrancol, quien ofrecía un precio más económico, observándose una diferencia entre los proponentes de quince millones cuatrocientos veintinueve mil seiscientos pesos (15'429.600).

En cuanto al procedimiento precontractual para la adquisición de la nimodipina este fue cotizado por los proveedores Edilberto Varón E y Cía. Ltda., quien es distribuidor de la firma Bayer y Laboratorio Franco Colombiano S.A. Lafrancol que es fabricante.

(...)

Así las cosas mal podríamos hablar de hechos no probados cuando se halla plenamente evidenciada la inexistencia de los análisis de los precios de las propuestas y cuadro de puntajes obtenidos de que habla el Manual del Proceso Administrativo de Medicamentos del I.S.S. y que sin lugar a dudas fue factor determinante de omisión en la compra del medicamento nimodipina de 30 mg y que llevó a un sobre costo de \$15.429.600.

(...)

En cuanto a las pretensiones del apoderado del Doctor William Duarte no comparte esta instancia la posición de que el doctor Duarte al parecer con su firma sólo avaló superfluamente la calificación técnica preparada por la doctora Bohorquez y suscrita por el químico Baños, por cuanto, en ninguna de las etapas previas al procedimiento de adjudicación se contemplaba un aval de tal naturaleza, pues los documentos que contenían las propuestas técnicas debidamente valoradas sólo debían llegar a la gerencia en única oportunidad y esta era para su adjudicación.

Atendiendo la mecánica que en esta oportunidad se dio para la adjudicación del medicamento nimodipina al distribuidor Edilverto Baron no cabe duda en razón a las probanzas existentes en el informativo, que fue el doctor William Duarte Porrás quien adjudicó el producto nimodipina de 30 mg, con desconocimiento de las razones técnicas o motivos por los cuales se descalificaba el mismo producto ofrecido por Lafrancol y más aún con desconocimiento del procedimiento exacto a seguir en el caso de la adquisición de medicamentos, según reglamentación interna existente en el I.S.S. para tal evento.

(...)

ANALISIS JURIDICO FISCAL

Para efecto de determinar responsabilidad fiscal es necesario señalar que ésta surge cuando el daño patrimonial al Estado es causado por un agente suyo que

actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares que manejen fondos o bienes públicos.

Por otra parte la Constitución Nacional en su artículo 6° señala:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Es en razón al anterior precepto constitucional que los doctores William Duarte Porras, Ingrid Yaneth Mejía y Aurora Bohorquez Quast, en lo atinente al proceso contractual en la adquisición de la nimodipina de 30 mg, fue objeto del presente proceso de responsabilidad fiscal por considerarse que como funcionarios públicos en la etapa pre contractual omitieron el cabal cumplimiento de sus funciones y deberes causando con ello un grave deterioro al erario del Estado.

Sobre el particular es oportuno señalar que el estatuto contractual en su artículo 26 numeral 1° señala:

“Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad; del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

Por su parte el numeral 5° del citado artículo reza:

“La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos

directivos de la entidad; ni a los organismos de control y vigilancia de la misma”.

De las normas anteriores transcritas inferimos claramente que la responsabilidad de la actividad contractual radica en cabeza del gerente de la entidad, mas no por ello podemos pasar por alto y dejar a un lado la responsabilidad fiscal que le es endilgada a todos y cada uno de los funcionarios que debiendo actuar conforme a unos procedimientos preestablecidos en el proceso precontractual y en cuanto tenía que ver con el proceso de calificación, selección y adjudicación omitieron el cumplimiento de sus funciones y no permitieron alcanzar una gestión óptima en el manejo de los dineros del Estado.

Es sin lugar a dudas a través de la Ley 42 de 1993, que se desarrolló, entre otros, el principio constitucional señalado en el artículo 6° a fin de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos que por acción u omisión en el ejercicio de las funciones y en forma dolosa o culposa asuman una conducta que no está acorde a la Ley.

Es precisamente por su conducta omisiva en la ejecución de la etapa precontractual para la adjudicación y adquisición del medicamento Nimodipina que la Contraloría General de la República, procede a señalar la responsabilidad fiscal que en el caso en estudio es predicable en cuanto al actuar de los señores Duarte Porras, Bohorquez Quast y Mejía Amaya.

En cuanto a los elementos necesarios para poder determinar responsabilidad fiscal son los mismos de la responsabilidad de carácter civil, estos es: se requiere de la existencia de una conducta omisiva, dolosa o culposa por parte de un servidor público y que entre una y otra exista una relación de causalidad.

Aplicando cada uno de estos elementos al caso que nos ocupa encontramos que la conducta omisiva se traduce en el actuar de los funcionarios Aurora Bohorquez Quast químico farmacéutico de la Clínica Comuneros quien por error involuntario o por inexistencia de la muestra del medicamento a valorar no hizo la respectiva calificación técnica señalando o bien los motivos de

descalificación o la inexistencia de los aspectos técnicos por los cuales no le asignó el puntaje que en razón a los mismos le correspondía como era su función hacerlo.

En cuanto a la conducta del Doctor William Duarte Porras por proceder a la adjudicación al proponente que ofrecía condiciones más onerosas al I.S.S. sin cuestionar los motivos por los cuales se omitió calificar o rechazar el producto ofrecido por Lafrancol que ofrecía un precio más económico y en lo tocante a Ingrid Yaneth Mejía por no haber elaborado los cuadros comparativos que hubiesen permitido detectar la ausencia de calificación técnica y el sobrecosto en la adquisición del medicamento nimodipina de 30 mg.

Ahora bien, en relación con el daño causado es de bulto que se adquirió el medicamento con un sobrecosto de \$15.429.600 sin que ello se deba a mejor calidad del producto, especificaciones químicas superiores o cualquier otro factor que a lo largo del proceso no aparece evidenciado y menos aún justificado.

Como consecuencia lógica de la tipificación de los dos elementos anteriores en la conducta imputada a los responsables se causó un inminente daño al patrimonio del Estado cual fue pagar la suma de \$15.429.600 de sobre costo por un medicamento que en las mismas condiciones de calidad y menor precio ofrecía el laboratorio Lafrancol.

Tratándose como el presente caso de responsabilidad fiscal del ejercicio de la función contractual es preciso recalcar como se ha sostenido por vía jurisprudencial, que si con la transgresión de las normas o de las cláusulas contractuales, se llegare a generar sobre costos en los contratos celebrados entre el Estado y los particulares por conducta dolosa o gravemente culposa imputable a los servidores públicos, habrá lugar a deducir la correspondiente responsabilidad fiscal.

No cabe duda que los argumentos esbozados a lo largo de esta providencia concatenados con las probanzas recaudadas, nos llevan a la irrefutable convicción de la merma causada al patrimonio del Estado por los servidores

públicos Duarte, Cuasi (sic) y Bohorquez la que se traduce en elevar a daño fiscal a su cargo el valor del sobrecosto pago en la adquisición del medicamento Nimodipina de 30 mg más el monto del daño emergente a que ello diere lugar.

DETERMINACION DEL DAÑO EMERGENTE

(...)

RESUELVE

PRIMERO: Fallar con responsabilidad fiscal en el presente juicio en contra de los señores William Duarte Porras, en calidad de ex gerente de la Clínica Comuneros identificado con cédula 91.213.198 de Bucaramanga, Aurora Bohorquez Quast Químico Farmacéutico identificada con la cédula de ciudadanía N° 32.632.047 de Barranquilla e Ingrid Yaneth Mejía Chaparro con cédula de ciudadanía N° 63.302.013 de Bucaramanga en calidad de ex jefe de la oficina de compras por la suma de veinte millones seiscientos setenta y cinco mil seiscientos sesenta y cuatro pesos (\$20.675.664).

(....)

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

MARIA EMILSE DUARTE PLATA

Profesional Designado para la Etapa del Juicio"

No se transcribe el contenido del Fallo N° 0101 del 15 de septiembre de 2000, expedido por la Directora de Juicios Fiscales, Contraloría Delegada de Investigaciones, de la Contraloría General de la República, por cuanto al resolver no acceder a las pretensiones del recurso de apelación interpuesto contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal 003 del 28 de febrero de

2000, lo confirmó en todas sus partes mediante similares argumentos a los esgrimidos en el fallo apelado.

6.2. Cuestión procesal previa. Sobre el impedimento

Mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2013 (sic), el señor Consejero de Estado Doctor Guillermo Vargas Ayala, manifestó encontrarse impedido para actuar en el proceso de la referencia, invocando para ello la causal prevista en el numeral 1º del artículo 141 del Código General del Proceso.

Lo anterior, al manifestar que con ocasión de su ejercicio profesional como abogado, se desempeñó como apoderado del Laboratorio Franco Colombiano LAFRANCOL S.A., persona jurídica que fue parte en el proceso contractual que dio lugar a la investigación de responsabilidad fiscal cuya legalidad es discutida en el proceso.

Sobre el particular se advierte que, la sociedad en mención no ostentó la calidad de parte ni en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República ni en el presente proceso judicial, como quiera que la contratación objeto de cuestionamiento por parte del ente de control, se llevó a cabo entre la Clínica Los Comuneros de la ciudad de Bucaramanga y la sociedad Distribuidora Edilberto Varón y Cía. Ltda., por lo que la firma Laboratorios LAFRANCOL no fue seleccionada para la compra de los medicamentos.

En vista de que LAFRANCOL no tuvo participación alguna en la investigación fiscal ni en el presente proceso judicial, queda desvirtuada la configuración de la causal invocada.

En consecuencia, la manifestación de impedimento presentada por el señor Consejero Guillermo Vargas Ayala, no será aceptada tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

6.3. Planteamiento del debate jurídico. Delimitación del recurso de apelación

Sea lo primero afirmar, que de entrada la Sala anuncia la decisión de revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de fecha 26 de julio de 2010, teniendo de presente la prosperidad de los argumentos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Contraloría General de la República, reforzados por los juiciosos planteamientos esgrimidos en los alegatos de conclusión en segunda instancia.

Por tanto, la Sala se referirá a dos temas centrales de cuestionamiento expuestos por la Contraloría, mediante los cuales refutó los mismos dos puntos que sirvieron de fundamento para que el a quo declarara la nulidad de los actos administrativos demandados, es decir, los fallos con responsabilidad fiscal en contra del demandante. Los dos aspectos son: i) inexistencia de la responsabilidad del demandante por cuanto no fue quien adjudicó el contrato cuestionado e ii) inexistencia del daño fiscal imputado al actor.

6.4. Legislación fiscal vigente al momento de expedición de los fallos con responsabilidad fiscal objeto de nulidad

Para poder entrar a resolver los argumentos de disenso, lo primero que debe tener en cuenta la Sala es determinar cuál era la legislación que regulaba el tema de la responsabilidad fiscal que se le endilga al actor, tema del cual no se ocupó la primera instancia.

Es así como para la fecha de expedición de los actos administrativos objeto de demanda, Fallo 003 de febrero 28 y 0101 de septiembre 15 ambos de 2000, la legislación fiscal que sirvió de marco normativo y que acertadamente fue invocada por el ente de control, era la que estaba consignada en la Ley 42 de enero 26 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, legislación que entró a regir a partir de su promulgación hasta la expedición de la Ley 610 de agosto 15 de 2000 *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*.

El artículo 68 de la Ley 610 de 2000 derogó expresamente el Capítulo III, artículos 72 a 89 de la Ley 42 de 1993, que puntualmente establecía el proceso de responsabilidad fiscal. En todo caso, el legislador fue previsor al señalar un régimen de transición en el artículo 67 de la Ley 610, que dice:

“Artículo 67. Actuaciones en trámite. En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley. En todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. (subrayas fuera de texto)

Para el caso en estudio, se tiene que al momento en que empezó a regir la Ley 610 de 2000, esto es el día 18 de agosto de 2000 cuando fue publicada en el Diario Oficial 44133, la División de Juicios Fiscales de la Gerencia Departamental Santander de la Contraloría General de la República, ya había expedido el 28 de febrero de ese mismo año 2000, el fallo con responsabilidad fiscal en contra del actor y otros investigados, resultando intrascendente según el artículo 67 de la Ley 610 de 2000, que la apelación se hubiera decidido mediante Fallo 0101 del 15 de septiembre de 2000.

Lo cierto es que para la expedición de los actos administrativos que contienen los fallos con responsabilidad fiscal en contra del actor, eran los principios, las normas sustantivas y procedimentales contenidos en la Ley 42 de 1993, los que debieron servir de ilustración para la toma de la decisión objeto de cuestionamiento.

En este sentido y dada la naturaleza del tema objeto de discusión, resulta ilustrativo tener en cuenta el contenido de los artículos 4° y 5° de la Ley 42 de 1993, que disponen lo siguiente:

“Artículo 4º.- El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, **los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales**, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente Ley”⁵.

Artículo 5º.- Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades,

⁵ Texto Resaltado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-534 de 1993](#); texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante [Sentencia C-320 de 1994](#).

operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal.

Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes”.

De acuerdo con las anteriores disposiciones legales, la Sala observará si en el caso **sub judice** los actos administrativos objeto de demanda, atendieron los supuestos normativos y legales de estas disposiciones al adelantar la respectiva investigación fiscal.

6.5. En cuanto a la responsabilidad fiscal del demandante, a pesar de no haber sido quien suscribió el contrato pero si participó en la adjudicación del medicamento

La Sala se ocupará de verificar si los actos demandados, contrariaron los postulados de la Ley 42 de 1993, que reglamenta el tema de la responsabilidad fiscal, a la luz de la legislación que regula la contratación pública contenida en la Ley 80 de 1993. Lo anterior teniendo de presente que la investigación fiscal adelantada por la Contraloría en contra del actor y de los otros sancionados, **partió del presupuesto de las irregularidades imputadas en la etapa pre contractual, pues es un hecho indiscutible que el actor no fue quien adjudicó como tal el contrato cuestionado pero si participó en su condición de gerente encargado de la contratante, en el proceso contractual cuestionado por la Contraloría.**

Es así como en el Auto de cierre de investigación fiscal y orden de apertura de juicio fiscal N° 1040 del 3 de diciembre de 1998⁶, la entidad demandada mencionó que los artículos 49 y 72 de la Ley 42 de 1993 establecen que el proceso de responsabilidad fiscal, también se orienta

⁶ visible a folios 268 al 282

por las luces del Código Contencioso Administrativo, el Código Penal y la Ley 80 de 1993, entre ellas citó que fueron desconocidos los artículos 24 que establece el principio de transparencia y el 26 numeral 4, relativo al principio de la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección en cabeza del Jefe o representante legal de la entidad estatal. También dice que se violó el principio de la economía, al haberse escogido el proponente que ofrecía los precios más costosos en la compra de la NIMODIPINA.

En síntesis el auto censuró la actuación de los funcionarios de la IPS que participaron en el proceso de la compra del medicamento, al observa que fue omisiva y negligente la actuación del Dr. William Duarte Porras Gerente de la entidad por no haber adjudicado a la distribuidora Edilberto Varon la compra del mencionado medicamento ya que en su condición de representante legal de la entidad, no estudio de manera completa el cuadro de criterio técnico, debiendo observar que el proveedor Laboratorios Lafranco no tenía los criterios de calificación completos, por lo que al darle el visto bueno a la adjudicación del precio ofrecido por DISTRIBUIDORA EDILBERTO VARON, evidenció una actitud negligente en la escogencia de este proponente, violando el artículo 3 CCA sobre el principio de la economía y el principio de transparencia en la contratación. (fl. 279 y 280). Adujo que el actuar negligente y omisivo del gerente encargado de la IPS, tanto en el ejercicio de sus funciones como en su gestión, trajo como consecuencia el pago de un sobre costo en la compra del medicamento en \$15.429.600,00

Destacó que la resolución de adjudicación del contrato, se elaboró con base en el visto bueno dado por William Duarte Porras y enviado al Gerente que lo sucedió en el cargo doctor Juan de Jesús Trillos Vargas, quien creyó de buena fe en la veracidad y transparencia de los procesos adelantados por su antecesor, por lo que firmó tal resolución y posteriormente el respectivo contrato, lo cual es totalmente creíble puesto que un Gerente

de una entidad mal podría poner en tela de juicio los trámites adelantados por sus antecesores.

A folio 310 figura el aviso del 20 de junio de 1997 expedido por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL SANTANDER IPS-CLINICA LOS COMUNEROS, en el que llama a los interesados a presentar cotización para la compra del medicamento en genérico, con fundamento en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, que dice lo siguiente:

“Artículo 3º.- [Derogado por el Decreto Nacional 2170 de 2002](#) Para la celebración de los contratos a que se refieren los literales a) y d) del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 y para efectos del cumplimiento del deber de selección objetiva, se requerirá de la obtención previa de por lo menos dos (2) ofertas.

La solicitud de oferta podrá ser verbal o escrita y deberá contener la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, condiciones de pago, término para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.

No obstante lo anterior, la solicitud de oferta deberá ser escrita cuando la complejidad del objeto a contratar así lo amerite. En todo caso, la oferta deberá ser escrita.

Cuando se trate de contratos cuya cuantía no supere el diez (10%) de los montos señalados en el literal a) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los mismos se celebrarán tomando en cuenta los precios del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas.

Para la celebración de los contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superen el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía de la respectiva entidad estatal, además de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo deberá invitarse públicamente a prestar propuestas a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días. No obstante la entidad podrá prescindir de la publicación de dicho aviso cuando la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permita, de lo cual dejará constancia escrita.

Parágrafo.- La entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, sin que sea necesario que haya obtenido previamente

varias ofertas, en los siguientes eventos: cuando las haya solicitado y sólo haya recibido una de ellas; cuando de acuerdo con la información que pueda obtener no existan en el lugar varias personas que puedan proveer los bienes o servicios; cuando se trate de contratos intuitu persone, esto es que se celebran en consideración a las calidades personales del contratista, y cuando la necesidad inminente del bien o servicio no permita solicitar varias ofertas. De todo lo anterior se dejará constancia escrita.

En todo caso, la entidad tendrá en cuenta para efectos de la contratación los precios del mercado, y si es del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado”.

-A folio 336 figura el auto que avoca el conocimiento y abre el proceso a juicio fiscal N° 085 de fecha 29 de abril de 1999, en contra del actor y otras dos ex funcionarias de la IPS, en virtud de la remisión que le hizo la División de Juicios Fiscales de Bucaramanga, en cuantía de \$15.429.600,00

-A folios 411 al 424 figura el fallo con responsabilidad fiscal N° 003 del 28 de febrero de 2000, con ocasión de la compra del medicamento NIMODIPINA en la IPS Clínica Los Comuneros.

El proceso se inició en virtud de información allegada a la dirección seccional de Santander en la que la jefe de la auditoría disciplinaria del ISS envió copia de la investigación Administrativa adelantada en contra de Aurora Bohórquez Quast, por la compra de 30.000 tabletas de medicamentos a la Distribuidora Edilberto Varon mediante contrato N° 131/97 sin considerar la propuesta presentada por Laboratorios Lafrancol quien presentó un precio 77.4% más barato que el ofrecido por la sociedad adjudicada.

Como se observa, la Contraloría ubicó la responsabilidad del actor en el terreno de su participación en el proceso pre contractual para la adquisición del medicamento; dice que no es admisible que so pretexto de heredar un determinado actuar se omita el

cumplimiento de procedimientos internos, manuales o instructivos como en este caso la Guía Práctica de la Reorganización del Proceso Administrativo de medicamentos; atendiendo la mecánica que en esta oportunidad se dio para la adjudicación del medicamento, por lo que señaló que no cabía duda según las probanzas, que fue el doctor William Duarte quien adjudicó el producto, con desconocimiento de las razones técnicas o motivos por los cuales se descalificaba el mismo producto ofrecido por Lafranco. Dijo también que no es cierto que el actor con su firma sólo avaló superfluamente la calificación técnica preparada por la doctora Bohorquez, ya que en ninguna de las etapas previas al procedimiento de adjudicación se contemplaba un aval de esta naturaleza, ya que los documentos que contenían las propuestas técnicas sólo debían llegar a la gerencia en única oportunidad y era solo para su adjudicación. Cuestiona la inexistencia de los análisis de precios de las propuestas y cuadro de puntajes obtenidos de que habla el Manual de Procesos administrativos de Medicamentos del ISS que no se cumplió.

Para el ente de control, el actor y las otras investigadas dada su calidad de funcionarios públicos, violaron el artículo 6 de la Constitución Política relativo a la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos, pues en la etapa pre contractual omitieron el cumplimiento de sus funciones y deberes y con ello ocasionaron un grave deterioro al erario público.

En el fallo con responsabilidad fiscal, la Contraloría mencionó que la participación del actor violó normas del Estatuto Contractual Ley 80 de 1993, entre estas, el artículo 26 N 1º *“los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación...”*, 5º *“la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal;*

Advirtió el Fallo que si bien es cierto, la responsabilidad de la actividad contractual radica en cabeza del gerente, no por ello se puede dejar de lado la responsabilidad fiscal que le es endilgable a todos y cada uno de los funcionarios que debiendo actuar conforme a unos procedimientos preestablecidos en el proceso pre contractual (calificación, selección y adjudicación), quienes omitieron el cumplimiento de sus funciones y no permitieron alcanzar una gestión óptima. *Destacó que lo que se reprocha es la conducta omisiva en la ejecución de la etapa pre contractual para la adjudicación y adquisición del medicamento, que procede a señalar la responsabilidad fiscal.*

En el Auto del 15 de septiembre de 2000 que confirmó integralmente el fallo del 28 de febrero de 2000, sostuvo que fue el doctor William quien adjudicó el producto Nimodipina a pesar de no haber firmado el contrato, con total desconocimiento de las razones técnicas por las cuales se descalificaba el mismo producto ofrecido por Lafranco, pasando por alto los procedimientos atinentes a la adjudicación de medicamentos; no estudió de manera completa el cuadro de criterio técnico, ya que omitió observar que el proveedor Lafranco no tenía los criterios de calificación completos por lo que él como gerente de la clínica, se tendría que haber abstenido de dar el visto bueno para favorecer al proveedor que menos beneficio aportaba a la clínica.

Como se observa con el recuento de la actuación fiscal adelantada por la Contraloría, no cabe duda que el cuestionamiento endilgado al actor, es por su participación negligente y omisiva en la etapa pre contractual, toda vez que el ente de control es consciente de que el demandante no fue quien suscribió la resolución de adjudicación ni el contrato cuestionado.

Ahora bien, en tratándose de un proceso de compra de medicamentos efectuado entre la Clínica Los Comuneros del Instituto del Seguro Social en la ciudad de Bucaramanga y un

particular, la Sala analizará si se cumplió el procedimiento que el ISS había dispuesto en la “Guía Práctica de Reorganización del Proceso Administrativo de Medicamentos”.

Por tanto, los lineamientos normativos tanto de la Ley 80 de 1993 y de la guía interna para la compra de medicamentos, vienen a constituir el marco legal al cual estaba sometido el proceso contractual llevado a cabo entre otros investigados por el actor.

A folios 182 a 206 del Cuaderno Principal aparece la Guía Práctica “Reorganización del Proceso Administrativo de Medicamentos”, publicada por el Instituto del Seguro Social en noviembre de 1995, que en el acápite pertinente de adquisición dispone lo siguiente:

“3. ADQUISICION

La adquisición se realizará conforme el procedimiento anexo (P.1.). Este se inicia una vez consolidadas las necesidades seccionales y el plan de distribución enunciado anteriormente.

Los Jefes de Compra de Bienes y Servicios Seccionales y de las clínicas descentralizadas harán un llamado público a los proveedores, para presentar una oferta base en un término fijo, para lo cual entregarán el listado que describe los medicamentos, especificaciones técnicas y cantidades por cada ITEM (anexo 1).

Así mismo las Farmacias a las cuales va a distribuirse y el número y periodos de las entregas a éstas.

Igualmente entregarán las bases o requerimientos técnicos y los criterios de calificación (anexo 2 y 3).

Vencida la fecha fijada para la presentación de ofertas, el responsable del área de Compras de Bienes y Servicios las remitirá al Area de Servicios Farmacéuticos Seccional o Clínica según nivel para su calificación técnica con base en los criterios enunciados que luego de la calificación **remitirán de nuevo al Área de Compras de Bienes y Servicios**, en donde se clasificarán las ofertas según mayores puntajes en precio y calidad y se revisará la capacidad de negociación según certificado de Cámara de Comercio y los precios máximos al público con el fin de asegurar que la propuesta no sobrepase esos factores.

El gerente respectivo u ordenador del gasto, adjudicará las **adquisiciones con base en la anterior calificación, teniendo en consideración los principios de la Ley 80 antes enunciados.**” (negritas y subrayas fuera de texto)

El anterior era el procedimiento puntual que debió haberse respetado para la compra del medicamento Nimodipina de 30 mg., llamándose la anterior en el hecho de que la Guía fue enfática en señalar en el último inciso del numeral 3 transcrito, que la adjudicación de los medicamentos está en cabeza del Gerente de la Clínica o Seccional del I.S.S., **quien en todo caso está sometido al cumplimiento de los principios del Estatuto General de Contratación Pública contenidos en la Ley 80 de 1993.**

Según el material probatorio obrante en el expediente, no cabe duda que la irregularidad por la cual se declaró responsable fiscal al actor y a otros investigados, consistió en que para la época de los hechos investigados y dada su condición de Gerente encargado de la IPS Clínica Los Comuneros, **contribuyó en la adjudicación de los medicamentos previa la suscripción del contrato 131 de agosto 25 de 1997**⁷, mediante el cual se llevó a cabo la compra de varios medicamentos, entre ellos el de 30.000 tabletas de Nimodipina de 30 mg,

⁷ Visible a folios 109 al 115 del Cuaderno Principal

por un precio muy superior al que ofreció el laboratorio Lafrancol, cuya propuesta ni siquiera fue calificada.

La anterior realidad de los hechos, se encuentra acreditada mediante la siguiente **prueba documental** que obra en el cuaderno principal del expediente, que da cuenta de lo siguiente:

-A folios 109 al 115 figura copia del Contrato 131 de agosto 25 de 1997 suscrito entre el Gerente de la Clínica Comuneros (E) y la representante legal de la firma Edilberto Varón E. & Cía Ltda., cuyo objeto es la compra por parte de la Clínica al Distribuidor Varón de varios medicamentos, entre ellos, 30.000 tabletas de NIMODIPINA 30 mg cuyo valor unitario es de \$664.32 y el total de \$19.929.600,00.

-A folio 120 aparece el cuadro que se titula CRITERIOS DE CALIFICACION TECNICA, ITEM 27 CODIGO Y NOMBRE DEL MEDICAMENTO 95136 NIMODIPINA 30 MG TAB y figuran los nombres de dos proponentes: en el primer renglón aparece DIST. EDILBERTO VARON, nombre comercial NIMOTOP, proveedor de Laboratorios Bayer, precio caja por 20 tab. 1.696 unidad \$664.32 con calificación en la casilla de calidad de 5 puntos. A renglón seguido aparecen estos valores encerrados con un círculo, quizás lo que la Contraloría advirtió como el visto bueno en la selección de este proponente.

En cambio para el caso del proponente LAFRANCOL, aparece el nombre comercial NIMODIPINO, fabricante, precio caja por 20 tab. 1.026.35 unidad \$150, la casilla de calidad no tiene calificación alguna sino un guión, distinto para el Distribuidor Edilberto Varón que la calificación fue de 5.

-A folio 142 aparece la oferta de medicamentos y las condiciones técnicas de la propuesta enviada por el Gerente General y Representante Legal del Laboratorio Franco Colombiano S.A. LAFRANCOL, en la que cotizó el medicamento de nombre genérico NIMODIPINO tableta por 30 mg, en su calidad de fabricante oferta válida hasta el mes de abril de 2002, valor unitario ofrecido a \$150,00 Precio máximo al público \$1.026.35, cantidad 30.000, valor total \$4.500.000,00

Llama la atención de la Sala que en el expediente, no se encontró la propuesta de oferta de medicamentos enviada a los directivos de la Clínica Los Comuneros por el Distribuidor Edilberto Varón & Cía. Ltda, siendo que ésta fue la que se adjudicó.

-A folios 171 y 172, aparece el oficio FCC-165 del 18 de julio de 1997 suscrito por el Químico Farmacéutico Ruben Darío Baños Solano en el que le envió al Gerente de la Clínica Los Comuneros doctor William Duarte Reyes, el concepto técnico de los 52 medicamentos correspondientes a la cotización en la que participaron los proponentes Lafrancol y Edilberto Varón & Cía. Ltda.

-A folio 220 figura el aviso publicado por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander IPS- Clínica Los Comuneros, en el que informa que está interesado en recibir cotizaciones para el siguiente objeto: medicamentos sólidos, aviso en el que fijó el plazo; los documentos que tenían que aportar los proponentes; que los criterios de evaluación eran el precio y la calidad; menciona que los interesados al cotizar debían identificar el nombre del medicamento genérico; la fecha de apertura y la de cierre de la cotización entre el 20 y 27 de junio de 1997.

-De suma importancia para la Sala, aparece a folio 249 del expediente la comunicación de fecha octubre 16 de 1997 suscrita por la Química Farmacéutica Aurora Bohórquez Quast dirigida a la Jefe de Suministros Compras, Bienes y Servicios de la Clínica Los Comuneros, en la que le decía lo siguiente:

“De la manera más cordial me dirijo a usted con el fin de informarle que en la pasada cotización correspondiente a la forma farmacéutica de sólidos de fecha de cierre 27 de junio de 1997, el Item 17498 NIMODIPINA 30 mg. Tabletas, cantidad 30.000 tabletas, por error involuntario no fue calificada la propuesta de Laboratorios Lafranco, teniendo en cuenta que la propuesta tiene un valor de \$150,00 tableta y la de Edilberto Varón de \$664.32 tableta, solicito a usted se reconsidere esta situación, ya que a la fecha aún no se ha realizado la recepción técnica del ingreso de este medicamento al Almacén de la Clínica.”
(subrayas del Despacho)

-Como respuesta a la anterior misiva, la Jefe de Compras, Bienes y Servicios de la Clínica le respondió a la Química Farmacéutica Aurora Bohórquez mediante comunicación del 29 de octubre de 1997, lo siguiente⁸:

“En atención a su oficio recibido en este Departamento el 17 de octubre del año en curso me permito informarle que al momento de recibirlo, ya había sido legalizado el Contrato N° 131 de 1997 con la firma EDILBERTO VARON & CIA LTDA., habiéndose efectuado la primera entrega de los medicamentos y hallándose pendiente la segunda.

Desde el momento de su legalización (03-09-97) el contrato existe jurídicamente y sólo puede modificarse o darse por terminado. En virtud de ello, una vez recibida su comunicación procedió este Departamento a dialogar con la firma contratista, la cual manifestó que podría efectuarse la modificación si el laboratorio fabricante recibiera el medicamento.

⁸ Obra a folio 250 del Cuaderno Principal

(...)

Por lo expuesto, no es viable resolver el contrato salvo proceso judicial, y la entidad en caso de ser favorable el resultado al contratista, no está facultada para reconocer indemnizaciones máxime cuando la falla se produjo por culpa de la entidad" (subrayas fuera de texto).

Las anteriores comunicaciones evidencian que al interior de la Clínica Los Comuneros, una de sus directivas se percató tardíamente de la falta de calificación a la propuesta de Laboratorios Lafrancol debido a un error involuntario, por lo que solicitó se reconsiderara la adjudicación. Sin embargo tal petición no prosperó, debido a que el contrato 131/97 ya había sido legalizado en favor del Distribuidor Edilberto Varón y por ello, no se podía modificar o dar por terminado.

En todo caso, repárese que mediante la abundante prueba documental arrojada al expediente, se encuentran plenamente acreditados los hechos que fueron objeto de investigación por parte de la Contraloría, que dieron como resultado la imputación de la responsabilidad fiscal en contra del demandante. Pero como si no resultara suficiente el aporte de la prueba documental, se cuenta con suficiente prueba testimonial, que reconfirma la conducta irregular desplegada por el demandante en el proceso pre contractual, que dio origen al contrato cuestionado.

-En cuanto a la prueba testimonial que obra en el expediente a folios 143, 149, 168 y 353 obran las declaraciones libres y espontáneas rendidas ante la División de Investigaciones Fiscales Seccional Santander, por los señores Ingrid Mejía Chaparro, William Duarte Porras, Aurora María Bohorquez Quast y Rubén Darío Baño Solano, quienes en sus roles de Jefe Oficina de Compras, Gerente Encargado y los dos últimos Químicos Farmacéuticos respectivamente, todos funcionarios de la Clínica Los Comuneros del I.S.S, afirmaron cuál

fue el papel que cada uno de ellos desempeñó, previa la suscripción del Contrato 131 de 1997, que en términos generales fue el siguiente:

-En la versión rendida por William Duarte, dijo que sí conoció que llegó el cuadro procedente de la oficina de compras con un sólo proveedor calificado y que aun así, dio el visto bueno al Distribuidor Edilberto Varón, pero que luego llegó un nuevo Gerente a la Clínica quien fue en últimas quien hizo el contrato y dio la orden de compra. Es decir, que acepta que dio el visto bueno al concepto técnico efectuado por la oficina de Farmacéutica en favor del Distribuidor Edilberto Varón, pero que desconoció el trámite posterior que se dio en el proceso, ya que no fue quien adjudicó el medicamento.

-Por su parte, en la declaración de la Química Farmacéutica Aurora Bohórquez, dijo que era la encargada de hacer el concepto técnico para luego enviarlo a la dependencia de compras, en donde la señora Ingrid Mejía debió advertir la falta de calificación técnica y por ello debió haber devuelto todo el procedimiento al departamento de Farmacia para que hiciera nuevamente el concepto. A su turno dijo que el Gerente al no observar que los cuadros técnicos no tenían la calificación del Laboratorio Lafrancol, debió devolverlos a la oficina de compras para la respectiva corrección.

-A su turno en la declaración de la señora Ingrid Mejía, dejó en claro que el que adjudicó el medicamento seleccionado fue el Gerente William Duarte. El Químico Rubén Darío Baño indicó que la Química Aurora Bohórquez no calificó la propuesta de Lafrancol, porque no encontró las muestras debido a un olvido involuntario. Además dijo que lo que debió hacer, era haber dejado constancia que no se calificaba a Lafrancol por esta circunstancia. Esta declaración es bien importante pues hace un juicioso recuento de la cadena de errores cometidos entre las dependencias de farmacia-compras y gerencia de la Clínica contratante.

Con fundamento en la prueba documental y testimonial relacionada, la Sala encuentra probado que la irregularidad en que incurrió el demandante y por la que resultó responsable fiscal, fue que dio un visto bueno a la única propuesta de compra de medicamentos que tenía la calificación técnica, desconociendo las razones técnicas o los motivos por los cuales se descalificó (por parte del departamento farmacéutico), la propuesta del Laboratorio Lafrancol.

En síntesis, el demandante no debió haber avalado al proponente Edilberto Varón como lo hizo, pues según la guía de compras de medicamentos, el procedimiento a seguir era que la oficina de Compras, luego de obtenidas las propuestas de los interesados en la contratación, debió remitirlas al área de servicios farmacéuticos para la respectiva calificación técnica que una vez obtenidas, se devolvían otra vez a Compras, con el fin de que hicieran la respectiva clasificación de las mejores ofertas, para luego y sólo al final del procedimiento, pasarla al Gerente para la respectiva adjudicación.

En el caso en estudio lo que aconteció fue que primero farmacia recibió las propuestas de Edilberto Varón y Lafrancol, pero sin la calificación técnica de este último laboratorio, envió el certificado que aparece descrito en precedencia a folio 120, el cual fue avalado tal cual por el Gerente del momento William Duarte, quien al encerrar con un círculo en la casilla del precio de Edilberto Varón, dio su visto bueno para su adjudicación, tal y como se le cuestionó en el proceso fiscal, debido al sobre costo del precio del medicamento comprado en un 77.4%.

No cabe duda que la actuación del gerente en su momento, quien sí sabía de la propuesta de Lafrancol hecho que nunca negó a lo largo de la investigación fiscal ni en sede judicial,

era la de haberse abstenido de colocarle visto bueno a la oferta de Edilberto Varón y en cambio debió devolver al departamento de farmacia para que efectuara la calificación técnica de Lafranco y no proceder a la adjudicación directa del Distribuidor que resultó excesivamente perjudicial para las finanzas de la Clínica contratante. Además se saltó uno de los pasos obligados en el procedimiento de la Guía de compras de medicamentos, en la medida en que no tuvo reparo alguno en dar el visto bueno para la adjudicación al distribuidor Edilberto Varón, a pesar de que no estaban los cuadros comparativos de los medicamentos adjudicados que tenía que haber elaborado la oficina de compras. Frente a esta omisión, el gerente debió haberse abstenido de hacer pronunciamiento alguno.

En este orden de ideas, extraña a la Sala que la primera instancia no hubiera tenido en cuenta que dada la naturaleza de la irregularidad reprochada, debió analizar que el tema no se limitaba simplemente a decir que como el actor no había adjudicado el medicamento y no había suscrito el contrato, el daño fiscal no se había presentado por lo que quedaba desvirtuada su responsabilidad fiscal.

Considera la Sala que el anterior es un ligero juicio de valor, por cuanto no tuvo presente el Tribunal de primera instancia que se estaba frente a un proceso contractual en el que, a pesar de que el actor no fue quien suscribió como tal el contrato cuestionado, su aporte en el proceso pre contractual fue decisivo para el perfeccionamiento del mismo.

En síntesis sin su visto bueno, de seguro el contrato no lo hubiera suscrito el Gerente de la Clínica Los Comuneros que lo sucedió en el cargo, por tanto sí se puede afirmar que el actor fue quien, con esta actuación dio aval para la “adjudicación” del medicamento al proveedor cuestionado y por ende la posterior suscripción del contrato materia de investigación fiscal.

De acuerdo con lo expuesto, resultan acertadas y por tanto son compartidas las motivaciones del Fallo 003 de febrero de 2000, al señalar que si bien es cierto la responsabilidad en el tema contractual radica en principio en el gerente de la entidad contratante⁹, igualmente lo es que no se puede pasar por alto como lo pretende el actor y lo acogió el a quo, evadir la responsabilidad de las distintas dependencias y funcionarios que tuvieron participación en las etapas previas a la suscripción del contrato cuestionado, entre ellas, la decisiva del demandante quien en su calidad de gerente encargado de la contratante, desempeñó funciones de gestor fiscal.

Lo anterior, pues es sabido que para llevar a buen término la contratación pública, se deben agotar las distintas etapas y por ende, dar estricto cumplimiento a las funciones que le corresponde desarrollar a cada una de las dependencias que tienen que ver con el tema, como aporte para lograr el cometido final, como en el caso en estudio aconteció con la participaron de las oficinas de Farmacia, Compras y la Gerencia de la Clínica Los Comuneros.

Dado lo anteriormente expuesto, observa la Sala que la actuación del actor en el proceso pre contractual si comportaba funciones de gestor fiscal y desconoció el artículo 26 de la Ley 80 de octubre 28 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, que establece el principio de responsabilidad, según el cual:

“Artículo 26º.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

⁹ El artículo 26 numeral 5° de la Ley 80 de 1993

20. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

30. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

La expresión "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

40. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

50. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

60. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

70. Los contratistas responderán por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

80. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”.

A su turno el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“Artículo 51º.- De la Responsabilidad de los Servidores Públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”.

A juicio de la Sala, estas dos disposiciones legales, enmarcan la responsabilidad del actor en el contexto del estatuto de la contratación estatal, dentro del proceso pre contractual en el que participó, así no haya sido quien suscribió el contrato cuestionado pero adjudicó el medicamento contratado. Por tanto, no puede pretender de manera ligera exonerarse de responsabilidad alguna, simplemente por el hecho de que no fue quien lo “adjudicó” ni lo “suscribió” sino que fue el gerente que lo sucedió en el cargo. De tal suerte que pierde piso jurídico este argumento de la apelación.

Al respecto resulta interesante el siguiente aparte jurisprudencial proferido por esta Sala, en el que se ha pronunciado respecto del tema de la responsabilidad fiscal por negligencia, en los siguientes términos:

“Ahora, el hecho de que el actor no fuera la persona que realizara la gestión fiscal tampoco lo exonera de responsabilidad, pues del manual de funciones se infiere, como se dijo precedentemente, que el Comité al cual perteneció tenía a su cargo el diseño de la política financiera institucional que permitiera optimizar las inversiones de los recursos propios del ICEL; cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS; y evaluar trimestralmente el

resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas, todo lo cual implica necesariamente una actividad vigilante de los recursos que recomienda invertir; y no se requería probar la existencia de una conducta dolosa, pues la responsabilidad también tiene su origen en actuaciones culposas, provenientes de negligencia, imprudencia e impericia y, a juicio de la Sala, el demandante incurrió en las dos primeras de las nombradas.

(...)

Empero esta circunstancia no tiene vocación de hacer desaparecer la conducta culposa en que incurrió el actor, que dio lugar a los actos acusados que lo declararon fiscalmente responsable” (Sentencia del 25 de marzo de 2010 radicado 25000-23-24-000-2001-00270-02 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno) (subrayas fuera de texto)

De otra parte, se observa que en punto al tema propiamente dicho de la responsabilidad fiscal que la Contraloría encontró probada en el comportamiento irregular del demandante, para la Sala no cabe duda que efectivamente sí desempeñó la función de gestor fiscal, se insiste a pesar de que el demandante no hubiera sido la persona que suscribió el contrato cuestionado.

Por tanto, para la Sala el comportamiento omisivo del actor que fue calificado como negligente y descuidado por el órgano de control, vulneró también las siguientes disposiciones normativas de la ley 42 de 1993, entre ellas:

“Artículo 8º.- La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus

resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración” (subrayas del Despacho)
(...)

“Artículo 12º.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”. (subrayas fuera de texto)

No cabe duda para la Sala, que el actor para la época de los hechos dada su condición de gerente encargado de la Clínica contratante, desempeñó un rol participativo de gestor fiscal que lo hace incurso en la responsabilidad fiscal imputada en los actos demandados y que fueron erradamente declarados nulos por el a quo, dado el contenido del siguiente artículo de la Ley 42 de 1993, que establece:

“Artículo 83º.- La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal”. (subrayas y negritas fuera de texto)

Sobre este punto resulta ilustrativo el siguiente precedente jurisprudencial:

“Ahora, el hecho de que el actor no fuera la persona que realizara la gestión fiscal tampoco lo exonera de responsabilidad, pues del manual de funciones se infiere, como se dijo precedentemente, que el Comité al cual perteneció tenía a su cargo el diseño de la política financiera institucional que permitiera optimizar las inversiones de los recursos propios del ICEL; cotizar ante las entidades financieras las tasas de más alto rendimiento para colocación de la inversión, de conformidad con los vencimientos o la disponibilidad existente en caja, bancos, cuenta de ahorros y UPACS; y evaluar trimestralmente el resultado de las inversiones y con base en las tasas existentes determinar la permanencia o continuidad de las inversiones en las entidades previamente constituidas, todo lo cual implica necesariamente una actividad vigilante de los recursos que recomienda invertir; y no se requería probar la existencia de una conducta dolosa, pues la responsabilidad también tiene su origen en actuaciones culposas, provenientes de negligencia, imprudencia e impericia y, a juicio de la Sala, el demandante incurrió en las dos primeras de las nombradas”. (subrayas fuera de texto) (Sentencia del 25 de marzo de 2010 radicado número 25000-23-24-000-2001-00270-02. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno)

Respecto del tema de la gestión fiscal, que sin lugar a dudas sí desempeñó el actor en el proceso pre contractual a pesar de que se pretenda negarlo, resulta pertinente el siguiente aparte jurisprudencial:

“Resulta a todas luces evidente para la Sala que el mencionado funcionario efectivamente cumplía actos de gestión fiscal, pues intervenía en forma directa en la administración de bienes o fondos públicos en las diferentes etapas de planeación, conservación, inversión, custodia y manejo y, por lo tanto, también era sujeto pasivo de responsabilidad fiscal dentro del proceso que promovió en su contra la Contraloría General de la República, resultando de esta manera desatinado el fallo recurrido, en cuanto desconoce tal calidad.

(...)

La Sala considera que asiste plena razón a la recurrente, en la medida en que para la época en que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal (26 de octubre de 2001) y se resolvieron los recursos de reposición (2 de mayo de 2002) y de apelación (3 de julio de 2002), era aplicable la normativa de la Ley 42 de 1993, en virtud de la cual y por desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, el grado de culpa a partir de la que se podía establecer responsabilidad fiscal era el de la culpa leve, como se verá a continuación.(...) lo cual implica que el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra los actores debía continuar tramitándose hasta su culminación bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, como efectivamente sucedió”. (subrayas fuera de texto) (Sentencia del 6 de junio de 2013, radicado 18001-23-31-000-2002-00374-01 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno)

Dadas las anteriores citas jurisprudenciales, la Sala no encuentra razón alguna para acoger el planteamiento de la Sala acerca de la inexistencia de la responsabilidad del actor como gestor fiscal.

6.6. En cuanto a la inexistencia del daño fiscal imputado al actor.

El segundo argumento con fundamento en el cual la primera instancia declaró nulos los fallos con responsabilidad fiscal, consistió en que: *“el daño fiscal que la Contraloría General de la República centra en el haberse adquirido un medicamento a un mayor costo, respecto del ofrecido por otra firma, NO SE ENCUENTRA PROBADO en el proceso, toda vez que cotejando las ofertas de uno y otro, no versan sobre el mismo producto, toda vez que la oferta de Edilberto Varón & Cía. Ltda. recae en el producto ‘nombre comercial NIMOTOP’ y la de Lafrancol en el producto ‘Nombre genérico NIMODIPINO y nombre comercial NIDIP, infiriéndose de ello que no se está frente al mismo referente comparativo o relacional”*.

Discrepa la Sala de las anteriores consideraciones con fundamento en los siguientes planteamientos:

En primer lugar, según el aviso que publicó el Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander IPS-Clínica Los Comuneros, visible a folio 220 del cuaderno principal, fue enfático en señalar lo siguiente: “IMPORTANTE AL COTIZAR DEBE HACERSE IDENTIFICANDO EL NUMERO DEL ITEM CORRESPONDIENTE Y CON EL NOMBRE DEL MEDICAMENTO (GENERICO)”. (Las mayúsculas sostenidas son del aviso)

Como se observa, la cotización del medicamento solicitado debió haberla presentado el Distribuidor Edilberto Varón & Cía Ltda. en nombre genérico, requisito que sí fue cumplido por la propuesta presentada por el Laboratorio Franco Colombiano S.A. LAFRANCOL, tal y como aparece en la cotización presentada y que obra a folio 142 vuelto en la que puso Nombre Genérico NIMODIPINO.

Pero como si las anteriores razones no resultaran suficientes, extraña a la Sala la afirmación de la primera instancia en la que dijo textualmente:

“Tampoco obra en el proceso fiscal prueba en el sentido que uno y otro producto sean iguales (refiriéndose a NIMOTOP y NIMODIPINO), de la misma calidad y mismos efectos en el usuario, ni mucho menos obra prueba o estudio de ‘precios de mercado’, tendiente a demostrar que el producto adquirido lo hubiese sido a un precio superior a los que el mercado ofrecía en ese momento, para afirmar categóricamente que hubo una disminución en el patrimonio de la firma contratante, por hacer una erogación mayor con referencia al precio que el mercado ofrecía respecto de idéntico producto o que otro oferente hacía”.

Lo anterior, por cuanto desconoció la prueba¹⁰ dirigida por la oficial mayor del Tribunal Administrativo de Santander al Ministerio de Salud INVIMA, en la que mediante oficio N° 3855-2002 RAD 0425-01 del 28 de mayo de 2002, solicitó le respondiera los siguientes interrogantes:

“1. Si el producto NIMOTOP, corresponde a la molécula original del medicamento NIMODIPINA, cuál fabricante lo tenía registrado en junio de 1997, y qué precio de venta al público, presentación, tabletas estaba autorizado o reportado al Instituto para el mes de junio de 1997.”

La respuesta a estos interrogantes, aparece a folio 554 del Cuaderno Principal, en la que mediante oficio 35140 del 2 de octubre de 2002, la Subdirectora Administrativa con asignación de funciones de la Sub de Licencias y Registros del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, respondió al a quo lo siguiente:

“En respuesta a la solicitud de la referencia le informamos lo siguiente:

1. PRODUCTO NIMOTOP:

Composición: Cada tableta contiene: NIMODIPINO 30 mg.

Fabricante en 1997: Bayer de Venezuela S.A.

Domicilio: Caracas-Venezuela

Presentación Comercial: Caja plegadiza por 20 tabletas en tiras de aluminio por 10 tabletas cada una.

Respecto del precio de venta al público le informamos que el Ministerio de Desarrollo Económico es el encargado de fijar las políticas de precios de los Medicamentos”.

¹⁰ Visible a folio 85 Cuaderno Principal

De acuerdo con la prueba transcrita, puede afirmarse que el medicamento NIMOTOP corresponde al mismo NIMODIPINO.

Finalmente la Sala encuentra que según las reglas de la lógica y la experiencia, resulta más costoso el precio de un medicamento comercial que el del medicamento comúnmente conocido como genérico. Igualmente resulta incuestionable que resulta más oneroso comprar los medicamentos a un distribuidor que al propio fabricante como en este caso ocurrió, pues mientras Lafrancol es fabricante de la tableta Nimodipino cuyo nombre comercial es NIDIP, el oferente Edilberto Varón Ltda. era distribuidor de la fórmula Nimotop fabricada por Laboratorios Bayer.

Vistas las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia apelada tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

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

FALLA:

Primero. Declárase infundado el impedimento manifestado por el señor Consejero de Estado doctor Guillermo Vargas Ayala, para intervenir en el proceso de la referencia.

Segundo. **REVÓCASE** la sentencia proferida el 26 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Santander

Tercero. Como consecuencia de la decisión anterior, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cuarto. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

GUILLERMO VARGAS AYALA
PRESIDENTE
Ausente

MARIA ELIZABETH GARCIA
GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO