

HUS

05DP15-V1

HOSPITAL UNIVERSITARIO  
DE LA SAMARITANA

*Empresa Social del Estado*

RESOLUCIÓN NÚMERO 204 DE 2019

( 11 MAR 2019 )

Por medio de la cual se resuelve el proceso Administrativo Sancionatorio No. 03, tendiente a Declarar el Incumplimiento del Contrato No. 053 de 2018.

*El Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de La Samaritana, en uso de sus atribuciones legales y en especial las conferidas en la Ordenanza 072 de 1995 y los Acuerdos 008 de 2014 y 016 de 2017, por los cuales se adopta y se adiciona el "Estatuto de Contratación del Hospital" y el Manual de Contratación aprobado mediante Resolución No. 345 de 2014, teniendo en cuenta los siguientes,*

I. ANTECEDENTES

1. Mediante contratación directa se suscribió el Contrato de Prestación de Servicios No. 053 de 2018, entre la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana y el Doctor Rafael Fernando Duque Ramírez, con el objeto de prestar los servicios especializados en Ginecología en la ciudad de Bogotá.
2. El plazo de ejecución del contrato se pactó inicialmente por cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, la que se dio el 11 de enero de 2018; plazo que fue posteriormente prorrogado mediante Acta No. 01 de 10 de mayo de 2018, hasta el 10 de julio de 2018.
3. La totalidad del valor del contrato se pactó por una suma de OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$89.200.000).
4. En cumplimiento de la cláusula octava del Contrato de Prestación de Servicios el contratista constituyó Garantía Única de Cumplimiento mediante la Póliza No. 2877385 de 11 de enero de 2018, expedida por la compañía de seguros Liberty Seguros S.A.
5. Conforme lo establece la cláusula novena del contrato, la supervisión quedó a cargo del Doctor Carlos Julio García Perlaza, Subdirector de Ginecología del Hospital<sup>1</sup>, a quien se le designó "(...) la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia del servicio contratado y de efectuar las certificaciones sobre el desarrollo del mismo en términos de ejecución financiera y calidad. El presente contrato podrá tener una SUPERVISIÓN TÉCNICA estará a cargo de los funcionarios, que indique el supervisor (...)"
6. La cláusula décimo tercera del contrato dispuso: "PENAL PECUNIARIA" así, "En caso de incumplimiento o de declaratoria de caducidad, del contrato, el CONTRATISTA se obliga a pagar al HOSPITAL una suma equivalente al veinte por ciento 20% del valor total del contrato, a título de indemnización por los perjuicios que le pueda ocasionar."

<sup>1</sup> Resolución No. 240 de 12 de junio de 2017, por medio de la cual se nombró al Doctor Carlos Julio García Perlaza como Subdirector Operativo en la Subdirección de Ginecología.

7-2019

7. En la cláusula décimo cuarta del contrato se indicó: las "MULTAS" a saber así "Las partes acuerdan que en caso de mora o de incumplimiento parcial de las obligaciones a su cargo, se podrán imponer multas desde del 1% un por ciento diario del valor del contrato por cada día de mora, sin sobrepasar el diez por ciento 10% del valor total del contrato."
8. En la cláusula décimo quinta del contrato se estableció el procedimiento para la aplicación de las multas y cláusula penal pecuniaria en los siguientes términos: "El valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, ingresará al tesoro del HOSPITAL y podrán ser tomadas directamente del saldo a favor del CONTRATISTA, si lo hubiere, o de la garantía constituida, y si esto no fuere posible se ejercerán las acciones legales a que haya lugar, de conformidad con las normas pertinentes."
9. Mediante Oficio de 10 de julio de 2018, radicado en la Oficina Asesora Jurídica del Hospital, el Supervisor del contrato informó lo siguiente:

(...) "el contratista Rafael Fernando Duque Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía número 79.600.785 "no comunicó la modificación a la agenda propuesta para el mes de julio, cuando estaba en la obligación de hacerlo", por lo que se solicita se realice lo pertinente, esto en cumplimiento de las funciones señaladas en el Contrato No. 053 de 2018, los Acuerdos Nos. 008 de 2014 y 016 de 2017 por los cuales se adopta el "Estatuto de Contratación del Hospital" y modifica, sustituye y adiciona el mismo, y el Manual de Contratación."... "pues solo me enteré por comentarios que realizó dicha modificación, sin que mediara mi aprobación (...)"

10. Por Oficio No. 2018120007657-1 de 11 de julio de 2018, la Oficina Asesora Jurídica requirió a la Doctora Alexandra Beltrán Suárez, Subdirectora de Consulta Externa del Hospital, para que informara las agendas de Ginecología del Doctor Rafael Fernando Duque (vigencia 2018), en lo que respecta a: i) agenda pactada inicialmente por cada mes del año 2018; ii) modificaciones de agendas donde se especifique la fecha de solicitud de la misma y iii) agenda final de cada mes con las modificaciones realizadas.
11. A través del Oficio No. 2018120007657-7 de 16 de julio de 2018, la Subdirectora de Consulta Externa aportó relación de las agendas pactadas, modificadas y efectivamente ejecutadas por el Doctor Rafael Fernando Duque, e informó por Oficio de 19 de julio de 2018, lo siguiente:

"Agenda pactada"... "se realiza una vez al año o de acuerdo a cambios definitivos de agenda. Este formato como su nombre lo indica, es para crear la agenda en el sistema del año siguiente."

Modificaciones de agendas. En el procedimiento de programación de agendas se encuentra establecido la solicitud de cambio de agenda por correo o con el formato de novedades de agenda, los cuales se llevan a cabo para prever cambios en la agenda que se sube al sistema DGH (...), los cuales previamente deben ser concertados o avalados por el Subdirector del Servicio." (...) "En planilla de novedades de agenda del mes de julio, firmado por el Dr. Duque, con fecha de 25 de enero de 2018, se solicita cancelar por motivo personal las fechas 9, 11, 16, 18, 23 y 25 de julio, y se repone el 6, 13 de junio y el 4 de julio de 10am a 1pm (sic)".

12. El Supervisor del contrato, a través de oficio de 01 de noviembre de 2018, amplió el informe de 10 de julio de 2018, respecto de los argumentos que soportan la solicitud de declaratoria de incumplimiento del Contrato No. 053 de 2018, señalando lo siguiente:

"(...) el actuar del Doctor Rafael Fernando Duque, genera implicaciones no solo para el mismo, si no también, para el supervisor quien debe reportar el debido cumplimiento de la ejecución contractual."

"Por lo anterior, considero que con la actuación desplegada por el profesional, indujo a error en el cumplimiento de las obligaciones de Supervisión que están a mi cargo, toda vez que por esta causa se reportó en forma indebida el control

*de la ejecución contractual, la cual no estaba ajustaba a la realidad, pues según agenda presentada y ejecutada por el mismo, se evidenció que realizó la jornada del 9 de julio de 2018, sin que estuviera ese día el profesional en la institución, según como me acabo de enterar por comentarios."*

## II. HECHOS QUE SOPORTARON LA SOLICITUD

Los siguientes argumentos soportan la solicitud del presunto incumplimiento, así:

El Supervisor del Contrato, en cumplimiento de las funciones a él conferidas<sup>2</sup>, procedió a solicitar iniciación de proceso de incumplimiento mediante Oficios de 11 de julio y 01 de noviembre de 2018, con fundamento en las siguientes razones:

*"el contratista Rafael Fernando Duque Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía número 79.600.785, no comunicó la modificación a la agenda propuesta para el mes de julio, cuando estaba en la obligación de hacerlo" (...) "con mínimo 5 días hábiles de anterioridad a la novedad, sin embargo, como ya lo manifesté este no lo hizo".*

*"el actuar del Doctor Rafael Fernando Duque, genera implicaciones no solo para el mismo, si no también, para el supervisor quien debe reportar el debido cumplimiento de la ejecución contractual."*

*"la actuación del profesional de la salud indujo a error en el cumplimiento de las obligaciones de Supervisión que están a mi cargo, toda vez que por esta causa se reportó en forma indebida el control de la ejecución contractual, la cual no estaba ajustaba a la realidad, pues según agenda presentada y ejecutada por el mismo, se evidencio que realizó la jornada del 9 de julio de 2018, sin que estuviera ese día el profesional en la institución, según como me acabo de enterar por comentarios."*

## III. CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS

En el Informe de Supervisión se invoca como obligaciones presuntamente trasgredidas por el contratista Rafael Fernando Duque, las contenidas en los numerales 17 y 18 de la cláusula tercera del Contrato de Prestación de Servicios No. 053 de 2018, las cuales se relacionan a continuación:

*"El CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL a  
(...)*

***17. Ejecutar el objeto del contrato de acuerdo a la agenda presentada por el contratista y aprobada por el coordinador o jefe del servicio y el supervisor, teniendo en cuenta la oferta de servicios del HOSPITAL en su portafolio"***

***18. Presentar como mínimo con 20 días hábiles de anticipación al trimestre de prestación del servicio la agenda propuesta para las actividades (incluir docencia, protocolos y guías, investigación, capacitaciones y novedades) firmada por el contratista al coordinador o jefe del servicio y el supervisor. Cualquier modificación a la agenda propuesta debe ser comunicada por escrito al coordinador o jefe del servicio y al supervisor con mínimo 5 días hábiles de anterioridad a la novedad y sin poner en riesgo la oportunidad en la prestación del servicio excepto los casos de fuerza mayor y caso fortuito"***

<sup>2</sup> Acuerdo No. 008 de 2014, por medio de la cual se "adopta el Estatuto Contractual de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de la Samaritana", Acuerdo No. 016 de 18 de octubre de 2017 que modificó, sustituyó y adicionó el Estatuto de Contratación de la E.S.E., Manual de contratación de la entidad adoptado mediante Resolución No. 345 de 2014 y el Contrato De Prestación de Servicios Especializados No. 053 de 2018.

## IV. TRÁMITE ADMINISTRATIVO

Dentro de la presente actuación administrativa se surtió el siguiente trámite:

1. En atención a los informes y documentos presentados por el Supervisor del contrato, y de conformidad con el contenido normativo que rige lo acordado por las partes, los principios del debido proceso, celeridad procesal, enmarcados en el Estatuto de Contratación del Hospital, y las demás normas conexas, se dio apertura de la actuación administrativa tendiente a declarar el incumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios No. 053 de 2018, exponiéndose para tal fin: i) los hechos; ii) los fundamentos de derecho; iii) las obligaciones y cláusulas presuntamente incumplidas; v) descripción del impacto negativo que genera la actuación del profesional de la salud frente a la presunta inobservancia de los numerales 17 y 18 de la cláusula tercera del Contrato No. 053 de 2018, en lo que respecta a no informar a tiempo al Coordinador o Jefe del Servicio y al Supervisor sobre las modificación a la agenda en los términos pactados en el contrato.
2. En la actuación administrativa citada, se ordenó requerir al Doctor Rafael Fernando Duque y a la Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., para que se notificaran del auto y si era del caso presentaran escrito de descargos frente a los hechos que rodearon la apertura a la misma.
3. El 14 de noviembre de 2018, la apoderada del Doctor Rafael Fernando Duque presentó escrito de descargos, donde manifestó, que no era pertinente iniciar actuación administrativa tendiente a declarar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 17 y 18 de la cláusula tercera del Contrato No. 053 de 2018, por no existir mérito para ello, y que en aras de garantizar su derecho de defensa y contradicción solicitó los informes de supervisión de fechas 10 de junio y 1° de noviembre de 2018.
4. Mediante auto de 26 de noviembre de 2018, se dispuso dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 4° de la parte resolutive de la Actuación Administrativa No. 03, Tendiente a Declarar el Incumplimiento del Contrato No. 053 de 2018, tramitando la notificación personal de la compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., y entregando los informes de supervisión en la diligencia de notificación personal del Doctor Rafael Fernando Duque<sup>3</sup>.
5. El 3 de diciembre de 2018 el doctor Rafael Fernando Duque, quedó notificado del auto de fecha 26 de noviembre de 2018, donde se le entregó el informe de supervisión.
6. La Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., quedó notificada por aviso el 19 de diciembre de 2018 y guardó silencio respecto de los hechos que rodean la presente actuación.
7. El 5 de diciembre de 2018, la apoderada del Doctor Rafael Fernando Duque, radicó escrito de descargos donde ratificó en su integridad el contenido del documento de fecha 14 de noviembre de 2018.
8. Mediante Oficio No. 2018120015149-1 de 20 de diciembre de 2018, se procedió a correr traslado de los escritos de descargos presentados los días 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2018, por la apoderada del Doctor Rafael Fernando Duque al Doctor Carlos Julio Perlaza para que en su calidad de supervisor del contrato No. 053 de 2018, emitiera concepto técnico sobre el contenido de los mismos.

<sup>3</sup> Para lo cual se les envió citación el 28 de noviembre de 2018, a través de la empresa Interrapidísimo con la finalidad que se presentaran dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo de la misma para surtir la notificación personal.

9. El 21 de diciembre de 2018, el Doctor Carlos Julio Perlaza solicitó por medio de Oficio No. 201820201521-1, prórroga para emitir concepto técnico, la cual fue resuelta de forma favorable el 26 de diciembre 2018.
10. El Doctor Carlos Julio Perlaza, el 27 de diciembre de 2018, allegó a la Oficina Jurídica, concepto técnico respecto de los escritos de descargos presentados por la apoderada del Doctor Rafael Fernando Duque, donde reitera los argumentos expuestos en los informes de supervisión.

#### V. ESCRITO DE DESCARGOS

La apoderada del Doctor Rafael Fernando Duque, presentó escrito de descargos los días 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2018, en los cuales manifestó, su oposición de iniciar actuación administrativa y se pronunció al respecto, aportando y solicitando pruebas.

En sus descargos el contratista indicó que "*(...) no es cierto que el doctor Rafael Fernando Duque Ramírez haya modificado la agenda del mes julio sin comunicar con la suficiente antelación al Coordinador o Jefe del Servicio y al supervisor, pues desde el 25 de enero de 2018 cuando le fue entregado la planilla creada para el año 2018 presento, en planilla de novedades, solicitud de modificar las fechas 9, 11, 16, 18, 23 y 25 de julio para reponerlas los días 13, de junio, 4 de julio, agenda que fue aprobada como quiera que se le agendaron los días propuestos. es así como el día 6 de junio (a cambio del nueve de julio) el doctor cumplió con su agenda atendiendo las citas según listado de pacientes elaborado por la E.S.E. que adjunto como evidencia; y que le fue entregado el día 6 de junio de 2018 antes de iniciar consulta por la secretaría de consulta externa.*"

Agregó que "*(...) el contrato termino el 10 de julio, sin embargo para esa fecha el doctor Duque ya había compensado el día 11 de julio como quiera que atendió agenda el día 13 de junio según listado de citas elaborado por la E.S.E. la afirmación anterior se encuentra confirmada, dentro de presente actuación administrativa, con el Oficio 2018120007657-7 suscrito por la directora de Consulta Externa (...)*"

Concluyó que "*queda demostrado en forma clara y contundente que el doctor Duque cumplió fielmente con la obligación contenida en el numeral 17 de la cláusula tercera del contrato, pues ejecuto el objeto del contrato conforme a la agenda presentada por el contrista con la modificación aprobada por la E.S.E.*" "*(...) "También cumplió con la obligación establecida en el numeral 18 de la cláusula tercera del contrato de comunicar cualquier modificación por escrito al Coordinador o Jefe del Servicio con una anterioridad de mínimo cinco días hábiles, pues la solicitud se efectuó con seis meses de anterioridad el 25 de enero de 2018, habiéndosele recordado con una semana de antelación al doctor Carlos Julio Perlaza en forma verbal por el Doctor Duque.*"

Ahora, en documento de 5 de diciembre de 2018, el contratista señaló que "*(...) el 25 de 2018 cuando fue entregada la agenda para dicho año y la solicitó en el formato usado para estos efectos por todo los ginecólogos, como se observa en las copia simple adjunta al escrito de descargos. (...)*"

Añade en el mismo que "*(...) en las agendas ejecutadas en los meses de junio y julio se evidencian los cargos propuestos. En efecto en la modificación de la agenda se proponía cambiar el turno de 9 de julio y reponerlo el 6 de junio y cambiar el turno del 11 de julio reponiéndolo el 13 de junio; y, en las agendas ejecutadas los meses de junio y julio de 2018 se observa que en efecto el día 6 de junio el doctor Duque laboró y atendió la consulta agendada para ese día como se corrobora con el listado de citas atendidas en dicha fecha, que se adjuntó con los descargos. Lo propio ocurrió el día 13 de junio reponiendo el turno del 11 de julio, para demostrarlo se solicitó en el escrito de descargos la copia del listado de citas de dicha fecha. Aclara que la actuación del contratista no puso en riesgo la prestación del servicio al señalar que "las agendas fueron modificadas oportunamente y el servicio se prestó sin afectación alguna (...)*"

Finalmente advierte que "(...) la modificación no fue unilateral, fue con la aprobación de la entidad contratante, como se evidencia en la lista de citas para los días 6 y 13 de junio, entregadas al doctor Duque al inicio de casa uno de estos turnos, lista que elabora la entidad. Si no estuvieran debidamente agendadas estas fechas, no le hubieran programado atención de consultas al profesional (...)"

#### VI. CONCEPTO TÉCNICO EMITIDO POR EL SUPERVISOR DEL CONTRATO, SUBDIRECTOR DE GINECOLOGÍA

El Doctor Carlos Julio García Perlaza, en su calidad de Supervisor del Contrato No. 053 de 2018, presentó escrito el 27 de diciembre de 2018, por medio del cual efectuó concepto técnico sobre los descargos del Doctor Rafael Fernando Duque, de conformidad con lo señalado en el artículo 3.2.6.4 del Manual de Contratación de la entidad, que señala "del debido proceso en la imposición de sanciones".

En dicho escrito señaló los siguientes argumentos:

"(...) si bien para vigencia 2018 se encontraban programadas las agendas del especialista, las cuales fueron previamente concertadas con este, lo cierto es que el Doctor Rafael Fernando Duque realizó cambio de las mismas, para los meses de junio y julio en el área de consulta externa donde se efectúan las programaciones y reprogramaciones de las citas a pacientes de la institución, sin que con posterioridad a ellos se me informara como Supervisor de contrato cuando tenía el deber de hacerlo."

Indicó que en "(...) documento anexo al escrito de descargos del 14 de noviembre de 2018 de donde se puede vislumbrar que el Doctor Rafael Fernando Duque, el 16 de mayo de la presente anualidad, solicitó en el formato de planilla del área de consulta externa la cancelación de las agendas programadas para el 9 de julio con la finalidad de reponerla el día 6 junio de 2018, circunstancia que no me fue reportada en los términos del contrato, tanto así que en los formatos del servicio de ginecología de agenda programada y agenda ejecutada para los meses de junio y julio, no se observa ninguna novedad.

En este punto podríamos señalar que el actuar del profesional de salud me indujo a error (sic), pues reporte por esa causa en forma indebida el control de la ejecución contractual, la cual no estaba ajustada a la realidad, dado que según agenda presentada y ejecutada por el Doctor Rafael Fernando Duque, se evidenció que realizó la jornada del 9 de julio de 2018, sin que estuviera ese día el profesional en la institución.

Ahora, es importante indicar que el cambio de las agendas requiere sea informado al coordinador o jefe del servicio y al supervisor en los términos pactados en el contrato para tomar medidas al respecto y contingencias, pues este es quien es responsables por los hechos, acciones u omisiones que causen daño o perjuicio al patrimonio público de manera directa o indirecta, por lo tanto, los mismos ante cualquier irregularidad debe realizar lo pertinente no solo para efectuar correctivos, si no también buscar las mejoras inmediatas y/u oportunas para el adecuado alcance de los objetivos, siempre y cuando estas no se vuelvan a presentar.

Finalmente, podemos destacar que en efecto no existió una afectación grave en la prestación del servicio de ginecología pues la misma se prestó en oportunidad sin dejar de cubrir el mismo y además tampoco se vio afectada la ejecución del contrato de manera grave, sin embargo con el actuar del Doctor Rafael Fernando Duque, genera implicaciones a mí como supervisor del Contrato, quien debe realizar actividades de dirección, seguimiento, control y verificación del desarrollo del objeto contractual, para así reportar el debido cumplimiento de la ejecución de este de manera integral e idónea en tiempo real."

Mur

## VII. RELACIÓN PROBATORIA

Se debe precisar que dentro de la actuación administrativa, se cuenta con el material probatorio que se relaciona a continuación:

1. Copia del Contrato No. 053 de 2018. (Carpeta 02, Fs. 1 a 9 )
2. Copia del formato de generación de agendas de 16 de junio de 2017, para los meses de enero, febrero, marzo y abril del 2018. (Carpeta 1, F. 11)
3. Copia del formato de generación de agendas de 13 de abril de 2018, para los meses de mayo, junio y julio de 2018. (Carpeta 1, F. 12)
4. Copia del formato de generación de agendas de 16 de julio de 2018, para los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018. (Carpeta 1, F. 13)
5. Copia del formato de modificación de agendas del Área del Consulta Externa. (Carpeta 1, F. 14 a 15)
6. Copia de correos electrónicos por medio de los cuales el Doctor Carlos Julio García Perlaza en su calidad de Supervisor y Subdirector del Área de Ginecología, manifestó su voluntad de solicitar la cancelación y reprogramación de agendas a solicitud de la necesidad del servicio o por manifestación del contratista. (Carpeta 1, Fs. 16 a 21)
7. Copia del formato de novedades de agendas de procesos de atención de pacientes. (Carpeta 1, Fs. 22 a 23)
8. Copia de las agendas programadas del mes de junio de 2018 del área de Ginecología y Obstetricia. (Carpeta 2, F.20)
9. Copia de las agendas programadas del mes de julio de 2018 del área de Ginecología y Obstetricia. (Carpeta 2, F.22)
10. Copia de las agendas ejecutadas por el Doctor Rafael Fernando Duque en el mes de junio de 2018. (Carpeta 2, F.21)
11. Copia de las agendas ejecutadas por el Doctor Rafael Fernando Duque en el mes de julio de 2018. (Carpeta 2, F.23)
12. Copia del listado de citas del Doctor Rafael Fernando Duque. (Carpeta 1, F.61)
13. Copia de Póliza de Cumplimiento No. 2877385 expedida Liberty Seguros S.A., para el contrato No. 053 de 2018. (Carpeta 2, Fs.10 a 15)
14. Copia del Acta de Inicio del contrato No. 053 de 2018. (Carpeta 2, F.16)
15. Copia del Acta No. 01 de adición y prórroga del contrato No. 053 de 2018. (Carpeta 2, F.17)
16. Copia de Póliza de Cumplimiento No. 2877385 expedida Liberty Seguros S.A., para la acta No. 01 de adición y prórroga del contrato No. 053 de 2018. (Carpeta 2, Fs. 17 a 19)

La anterior documentación fue portada en copia simple, por lo que se procederá acoger la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que consideró que *"las copias simples tendrán mérito probatorio en virtud de los principios constitucionales de buena fe y lealtad procesal en tanto se hayan surtido las etapas de contradicción y su veracidad no hubiere sido cuestionada a lo largo del proceso"*<sup>4</sup>, como en efecto ocurrió en el presente caso pues estos fueron valorados y estuvieron a disposición de las partes, además no fueron tachados de falsos.

Así las cosas, se procederá a realizar la valoración junto con las pruebas allegadas en la presente actuación administrativa, para determinar la existencia o no de del incumplimiento por parte del contratista, con la salvedad de que si de la misma se determina que no existe incumplimiento por parte del contratista se procederá al archivo de las diligencias.

## CONSIDERACIONES

La E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA, de acuerdo a lo dispuesto en su acto de creación Ordenanza 072 de 1995, es una empresa de categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental, por lo anterior y de acuerdo a la Ley 100 de 1993, en su artículo 194, las Empresas Sociales del Estado, constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o consejos, según el caso y sometidas al régimen jurídico previsto en dicha ley.

En materia contractual, el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, concordante con el artículo 15 del Decreto 1876 de 1994, preceptúa que las Empresas Sociales del Estado se regirán por las normas del derecho privado y que podrán utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública, contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás que las modifiquen y/o sustituyan.

En el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 *"por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos"* se dispone que *"Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal"*.

Por lo que en ejercicio de la FUNCIÓN ADMINISTRATIVA, la prevalencia del cumplimiento de los fines del Estado, el respeto de los principios generales de derecho y en busca de la protección de la actuación administrativa pública, la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA tiene potestad para sancionar o determinar la existencia de un incumplimiento a las obligaciones pactadas, las cuales a su vez afectan el interés colectivo de los ciudadanos puesto que impiden el uso y goce de sus derechos como ciudadanos.

Ahora, el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, señaló que *"con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación de las empresas Sociales del estado podrán asociarse entre sí. Constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicos o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y le contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deber adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el ministerio de Protección Social."*

La Junta Directiva de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el artículo citado con antelación y la Resolución No. 5185 de 4 de diciembre de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, derogó los Acuerdos Nos. 060 de 1999, 010 de 1996 y la Resolución No. 986 de 4 de agosto de 1995, así como las demás disposiciones que regulaban la materia y expidió un nuevo Estatuto de Contratación para la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA bajo el Acuerdo No. 008 de 2014 de 03 de junio de 2014, el cual fue modificado, sustituido y adicionado mediante Acuerdo No. 016 de 18 de octubre de 2017.

Que en cumplimiento del artículo 17 de la Resolución No. 5185 de 2013 y como resultado del Acuerdo 008 de 2014 se adoptó el Manual de Contratación mediante Resolución No. 345 de 2014.

Que el Manual de Contratación de la Entidad señala en su numeral 3.2.3.6. *"Del debido proceso en la imposición de sanciones"*, el trámite que se debe seguir para la imposición de sanciones, así las cosas, el presente auto se sustenta en los anteriores preceptos normativos, los cuales nos facultan para imponer multas que hayan sido pactadas en los contratos que suscriba la entidad.

## CASO EN CONCRETO

De conformidad con lo expuesto, se procederá a establecer la veracidad del actuar del contratista en su propósito de cumplir con todos los preceptos establecidos en el contrato No. 053 de 2018, no sin antes referenciar que estas se originan en la consolidación de las solemnidades del marco legal establecido sobre el mismo y que se desprenden desde la suscripción, en el evento del perfeccionamiento y el cumplimiento de los requisitos de ejecución.

Es así como a partir de la consolidación de estos últimos, el CONTRATISTA se obliga para con el CONTRATANTE a cumplir con cada una de las condiciones pactadas en el acto solemne contractual, lo que le otorga la potestad a la entidad para reclamar ante cualquier evento en el que se vislumbre una desviación de los propósitos generadores de la necesidad contractual, evidenciando un posible incumplimiento que afecte el normal funcionamiento de las gestiones propias de la entidad, para el caso particular entorpeciendo la consecución de los fines del Estado a través de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA.

Con referencia a la potestad sancionadora de la administración la Corte Constitucional, referencia<sup>5</sup>:

*(...) "En cuanto a la finalidad de la potestad sancionadora de la administración, la Corte Constitucional ha señalado que "... constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos."*

*De acuerdo con lo anterior, la imposición de sanciones contractuales, por parte de la administración, tiene naturaleza correctiva, pues pretende instar al obligado a cumplir los compromisos adquiridos."*

*(...)*

*"En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador."*

*En este sentido, la Sala resalta la importancia histórica de la potestad sancionadora de la Administración en la actividad contractual, pues en ella se sustenta la imposición de las multas, de la cláusula penal pecuniaria y de la caducidad -figuras que el legislador ha estimado necesarias para alcanzar los objetivos del Estado-*

*Pero, de igual forma, se recuerda que su correcto ejercicio exige observar el derecho al debido proceso, según se ha dicho en otras ocasiones. Así mismo hay que agregar, que se debe observar el principio de proporcionalidad, en el cual se debe apoyar el servidor público, y eventualmente el juez, para imponer una sanción"(...).*

De lo citado en la presente actuación administrativa, los supuestos de hecho que dieron origen a la misma, y las pruebas aportadas, se entra a determinar si hay mérito para continuar con la misma, para lo cual nos permitimos señalar, lo siguiente:

<sup>5</sup> Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente Enrique Gil Botero, Radicación número 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

AWW

De lo expuesto por el Supervisor del Contrato No. 053 de 2018, Subdirector de Ginecología frente a la actuación desplegada por el contratista Rafael Fernando Duque Ramírez, respecto a la no comunicación a esté de la modificación a la agenda propuesta para el mes de julio de 2018, cuando estaba en la obligación de hacerlo, de conformidad con lo plasmado en las obligaciones contenidas en los numerales 17 y 18 de la cláusula tercera del contrato No. 053 de 2018, podemos afirmar desde ya que no resulta un hecho que afecte de manera grave la prestación del servicio y por tanto se deberá proceder al archivo de la presente actuación.

Lo anterior, se debe a que si bien, en el caso bajo estudio el Doctor Rafael Fernando Duque Ramírez, solicitó en el formato de planilla del área de consulta externa el 16 de mayo de 2018, la cancelación de las agendas programadas para el 9 de julio con la finalidad de reponerla el día 6 junio de 2018, sin que se reportara la novedad en los términos del contrato al Supervisor, también lo es, que este incumplimiento no es suficiente para alterar la normal ejecución del negocio jurídico, pues el profesional de salud en efecto prestó sus servicios para los que fue contratado pero en otra fecha y además no se evidencia en la documental aportada que los pacientes se hubieran visto vulnerados por este motivo.

La circunstancia antes descrita quedé demostrada con el formato de modificación de agendas del Área del Consulta Externa<sup>6</sup>, donde se apreciar la cancelación y reposición de la jornada programada por el Contratista para prestar sus servicios en esta institución, luego entonces, no podemos advertir un incumplimiento serio, grave, determinante de este frete a las obligaciones invocadas como trasgredidas, pues se prestó el servicio sin dejar de cubrir la misma así sea en diferente fecha, y además tampoco se vio afectada la ejecución del contrato de manera grave.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 28 de febrero de 2013, señaló que en "(...) *materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones*".<sup>7</sup>

En igual sentido el Supervisor del Contrato en su Concepto Técnico, señaló "*Finalmente, podemos destacar que en efecto no existió una afectación grave en la prestación del servicio de ginecología pues la misma se prestó en oportunidad sin dejar de cubrir el mismo y además tampoco se vio afectada la ejecución del contrato de manera grave, sin embargo con el actuar del Doctor Rafael Fernando Duque, genera implicaciones a mi como supervisor del Contrato, quien debe realizar actividades de dirección, seguimiento, control y verificación del desarrollo del objeto contractual, para así reportar el debido cumplimiento de la ejecución de este de manera integral e idónea en tiempo real*".<sup>8</sup>

Así las cosas y dado a que el incumplimiento debe ser grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación para el objeto contractual<sup>9</sup> y para el caso concreto, pese a la actuación del profesional de la salud no se evidencia una circunstancia tangible de perjuicio irremediable para la entidad, ni para los pacientes y tampoco se demuestra que este sea concluyente para la inejecución del contrato y subsidiariamente presente afectación a la consecución de los fines del Estado, no se conciben razones suficientes para dar continuidad a la presente Actuación Administrativa Tendiente a Declarar el Incumplimiento del Contrato No. 053 de 2018, por lo que se procederá el archivo de las diligencias.

6 Carpeta 1, Fs: 14 a 15

7 Sentencia de 28 de febrero de 2013, de la Subsección B, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth(E), Radicación número: 20001-23-31-000-2001-01305-01(24106).

8 Carpeta 1, Fs 89 a 90

9 Sentencia de 29 de abril de 2015 de la Subsección "C", Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación número: 73001-23-31-000-2001-01503-01(36090), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Conforme a lo expuesto, el Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA en uso de sus facultades, no encuentra merito suficiente y considera la pertinencia de archivar la Actuación Administrativa Tendiente a Declarar el Incumplimiento del Contrato No. 053 de 2018 y

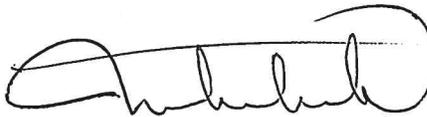
**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: ARCHÍVENSE** las presentes diligencias, conforme a lo descrito en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notifíquese el contenido de la presente Resolución de conformidad con el artículo 66 del C.P.A.C.A. informando que contra la misma procede el recurso de REPOSICIÓN

Dada en Bogotá D. C., a los **11 MAR 2019**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JAVIER FERNANDO MANCERA GARCÍA**  
**GERENTE**

**EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA**

Revisó: Neidy Adriana Tijacá Rueda  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Johana Andrea Rodríguez Espitia  
Profesional en Derecho Especializado III

