



**JUZGADO TREINTA Y OCHO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN TERCERA**

Juez: *ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE*

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

Medio de control: Controversias Contractuales
Radicación: 110013336038201700128-00
Demandante: Haggen Audit Ltda.
Demandado: Superintendencia Nacional de Salud
Asunto: Fallo primera instancia

El Despacho pronuncia sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, dado que el trámite se agotó en su integridad y no se aprecia ningún vicio que invalide lo actuado.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se piden las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Se declare la nulidad de las Resoluciones 2024 del 3 de noviembre de 2015, 2452 del 30 de noviembre de 2015, 000855 del 22 de marzo de 2016 y 2510 del 24 de agosto de 2016, por falsa motivación por considerar la carencia de idoneidad de la supervisora respecto del Contrato N° 103 de 2015.

1.2.- Se ordene a la Superintendencia Nacional de Salud a pagar a la empresa Haggen Audit Ltda., el valor correspondiente a los perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en cantidad de \$88.676.505.

1.3.- Se condene a la Superintendencia Nacional de Salud al pago de los perjuicios morales en la cantidad de 100 SMLMV.

1.4.- En consecuencia, se levante el registro de la sanción impuesta a Haggen Audit Ltda.

2.- Fundamentos de hecho

Según lo reseñado en el escrito de demanda, el Despacho los sintetiza así:

2.1.- Entre la empresa Haggen Audit Ltda., y la Superintendencia Nacional de Salud suscribieron el Contrato N° 103 de 2015 con el objeto de realizar auditoría integral a la Empresa Industrial y Comercial del Estado COLJUEGOS respecto de los recursos destinados a financiar los servicios de salud.

2.2.- Entre las obligaciones pactadas resaltó que A la sociedad Haggen Audit Ltda., le correspondía hacer auditoría de acuerdo a los criterios establecidos en el pliego de condiciones.

2.3.- la supervisión del Contrato N° 103 de 2015 estuvo a cargo de la funcionaria Lida Rocío Gutiérrez Rodríguez.

2.4.- El 20 de enero de 2016 la supervisora del Contrato N° 103 de 2015 hizo entrega final del informe al Secretario General de la Superintendencia Nacional de Salud por fuera de los términos establecidos en el Manual Interno de Contratación.

2.5.- El 25 de enero de 2016 la Superintendencia Nacional de Salud dio traslado del Informe Final de Supervisión al contratista.

2.6.- El 2 de febrero de 2016 el apoderado de la sociedad Haggen Audit Ltda., presentó objeción al informe final de supervisión.

2.7.- La objeción presentada por la contratista se fundamentó en la carencia de idoneidad de la supervisora y la falta de capacidad profesional, jurídica, contable y financiera o de sistemas, para valorar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

2.8.- La supervisora transgredió el debido proceso del contratista porque hizo una clasificación de las obligaciones contractuales como principales y secundarias con un porcentaje de cumplimiento, cuyas determinaciones no estaban pactadas en el pliego de condiciones.

2.9.- Durante los días 12, 16 de febrero y 1° de marzo de 2016, se realizaron audiencias de descargos, decreto y práctica de pruebas.

2.10.- En el curso del procedimiento el 1° de marzo de 2016 presentaron diferentes dictámenes con el fin de desvirtuar lo dicho por la Supervisora, con los cuales se probó que en efecto fueron cumplidas a cabalidad las obligaciones del Contrato N° 103 de 2015.

2.11.- Los anteriores dictámenes no fueron tenidos en cuenta por la Superintendencia Nacional de Salud debido a que mediante Resolución N° 000855 del 22 de marzo de 2016 resolvió confirmar la sanción impuesta a la empresa Haggen Audit Ltda.

2.12.- El plazo de ejecución del Contrato N° 103 de 2015 venció el 10 de noviembre de 2015, por lo que el término con el que contaba la administración para realizar la liquidación bilateral feneció el 10 de marzo de 2016 por lo que considera que los términos de la Ley 1150 de 2007 se encontraban vencidos.

2.13.- Frente a ello, la empresa Haggen Audit Ltda., bajo el radicado N° NURC – 1 – 2016 – 084135 el 22 de junio de 2016 presentó solicitud de pago ante la Superintendencia Nacional de Salud.

2.14.- El 30 de junio de 2016 la Superintendencia Nacional de Salud devolvió la factura No. 927 del 22 de junio de 2016, con fundamento en que los valores no eran los correctos, por cuanto debía sujetarse a lo que se determinara en el balance financiero de la liquidación bilateral o unilateral que realizara la administración.

2.15.- El 12 de julio de 2016, la empresa Haggen Audit Ltda., solicitó el pago final del Contrato N° 103 de 2015.

2.16.- El 25 de julio de 2016 la Superintendencia Nacional de Salud dio respuesta a lo solicitado por la empresa en el sentido de remitir el proyecto del acta de liquidación final del Contrato de Consultoría N° 103 de 2015.

2.17.- El 27 de julio de 2016 la firma Haggen Audit Ltda., expuso su inconformidad frente a lo comunicado por la entidad por cuanto no procedía la liquidación bilateral del mismo e invitó a la Coordinadora de Bienes y Servicios para que proyectara la liquidación unilateral del Contrato N° 103 de 2015.

2.18.- Posteriormente mediante Resolución N° 2510 del 24 de agosto de 2016 se efectuó la liquidación unilateral del Contrato N° 103 de 2015.

2.19.- El 13 de septiembre de 2016 se surtió la notificación de la Resolución N° 2510 del 24 de agosto de 2016 a la Empresa Haggen Audit Ltda.

3.- Fundamentos de derecho

El apoderado judicial del demandante invoca como fundamentos jurídicos los artículos 29 y 209 de la Constitución Nacional. De igual forma, citó los artículos 3°, 5°, 23 y 77° de la Ley 80 de 1993; los artículos 132, 137, 141 y 162 del CPACA; y el artículo 1168 del Código Civil.

i).- La falsa motivación de las Resoluciones 2024 del 3 de noviembre, 2452 del 30 de noviembre de 2015, 855 del 22 de marzo de 2016 y 2510 del 24 de agosto de 2016

Indicó que los actos administrativos trasgreden los artículos 29 y 209 de la Constitución Nacional y los artículos 3°, 5° y 23 de la Ley 80 de 1993.

Respecto a las Resoluciones 2024 del 3 de noviembre de 2015 y 2452 del 30 de noviembre del mismo año, sostuvo que no están acorde con la realidad fáctica porque las sanciones impuestas se basaron en informes presentados de forma extemporánea por la supervisora al ordenador del gasto.

En lo atinente a las Resoluciones 000855 del 22 de marzo de 2016 y 0002510 del 24 de agosto del mismo año, expuso que la motivación de los actos administrativos contienen una incongruencia entre el cumplimiento de las obligaciones contractuales y lo dicho en el informe de supervisión del contrato, pues considera que la persona asignada como supervisora no tenía la capacidad para determinar si la empresa Haggen Audit Ltda., cumplió a cabalidad con las obligaciones contractuales.

Explicó que la supervisora no cumplía con las calidades necesarias para asumir dicha responsabilidad dado que era profesional en el área de la salud (bacterióloga), además que no tenía conocimientos de contabilidad y áreas jurídica, necesarios para fungir como supervisora del contrato.

En este sentido, manifestó un total desacuerdo con el porcentaje de incumplimiento del contrato estatal habida cuenta que la supervisora solamente asignó un 44%, cuando en realidad la empresa Haggen Audit Ltda., cumplió con el 94% de las obligaciones. Lo anterior conforme lo reseñaron los peritos en los

dictámenes periciales practicados en el curso del procedimiento administrativo sancionatorio.

Insistió en que la falsa motivación de los actos administrativos consistió principalmente en dos situaciones, por un lado en que la administración impuso sanciones al contratista cuando la entidad no cumplió con su obligación de entregar los insumos a la empresa para que así pudiera desarrollar sus actividades; y por otro lado, en que la Superintendencia Nacional de Salud confió de forma errónea en el criterio de la supervisora cuando la persona asignada para hacerlo carecía de idoneidad profesional para vigilar, revisar, aprobar o improbar las labores de auditoría.

En ese orden de ideas, solicitó aplicar la excepción de contrato no cumplido, porque la empresa contaba con la facultad de negarse a satisfacer sus obligaciones cuando su contraparte no había cumplido con sus compromisos.

ii).- De la falta de idoneidad

Con similares argumentos a los planteados en la anterior causal expuso que la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento parcial del Contrato 103 de 2015 fueron injustas, porque se fundaron en los informes entregados por la supervisora que adolecía de idoneidad para valorar de manera integral una auditoría debido a que carecía de conocimientos jurídicos, contables y de sistemas.

II.- CONTESTACIÓN

El 12 de junio de 2020¹ el apoderado judicial de la Superintendencia Nacional de Salud dio contestación a la demanda, puso en entredicho la gran mayoría de los hechos y se opuso rotundamente a la prosperidad de las pretensiones.

Luego de hacer un recuento de las obligaciones pactadas en el Contrato 103 de 2015, hizo hincapié en que no es cierto que la empresa Haggen Audit Ltda., haya cumplido con las actividades consignadas en el clausulado dado que la Superintendencia Nacional de Salud se vio avocada a dar apertura al proceso administrativo sancionatorio contractual.

¹ Folios 287 a 297 del Cuaderno 1

Resaltó que para la ejecución del Contrato 103 de 2015, la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional expidió el auto N° 212 del 10 de agosto de 2015, por medio del cual se ordenaron visitas de auditoría integral a COLJUEGOS a través de la empresa Haggen Audit Ltda.

Que en virtud de ello la Superintendencia Nacional de Salud y la sociedad Haggen Audit Ltda., concertaron el respectivo plan de trabajo y cronograma para la realización de visita integral a COLJUEGOS.

Sin embargo, con ocasión a lo expuesto por la Presidenta de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS - para el día 8 de septiembre de 2015 bajo el radicado 1-2015-107994, la Superintendencia Nacional de Salud a través del Supervisor del Contrato 103 de 2015 mediante Oficio N° 2-2015-095841 del 22 de septiembre de 2015 requirió al contratista para que presentara un Informe Preliminar de la visita integral realizada durante el periodo comprendido entre el 24 de agosto y el 4 de septiembre del mismo año, a más tardar para el 17 de septiembre de ese año.

Que frente a ello, la empresa el día 28 de septiembre de 2015 solicitó ampliación del plazo para la entrega del informe, asimismo hizo entrega de un (1) tomo contentivo de la auditoría a la situación financiera, los reglamentos de juegos de suerte y azar, las autorizaciones y los contratos de concesión del monopolio, por fuera del plazo pactado.

Ante lo pedido la Supervisora del Contrato 103 de 2015 mediante escrito radicado bajo el N° 2-2015-097885 no accedió a lo solicitado por el contratista por considerar que se incumplieron los plazos establecidos en el pliego de condiciones y en el contrato de auditoría.

Indicó que para el día 1° de octubre de 2015 la sociedad Haggen Audit Ltda., mediante Oficio 1-2015-120559 presentó el Tomo 2 que trataba del informe preliminar que desarrollaba aspectos de liquidación, declaración y pago de recursos, recaudo, distribución de los recursos, transferencia a salud, fiscalización y control a la ilegalidad.

Señaló que el día 2 de octubre 2015 el contratista hizo entrega del Tomo 3 contentivo del informe preliminar que comprendió aspectos de cobro de recursos, infraestructura tecnológica, entre otros.

Basado en lo anterior, argumentó que por estas situaciones para el día 9 de octubre de 2015 la asesora del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, asignada a la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional, en calidad de supervisora del Contrato de Consultoría 103 de 2015, a través de memorando 3-2015-020083 dirigido al Grupo de Contratación de Bienes y Servicios, puso en conocimiento del ordenador del Gasto el cumplimiento defectuoso y tardío de las obligaciones a cargo del contratista.

Igualmente, indicó que para el mismo 9 de octubre de 2015 la Supervisora del Contrato 103 de 2015, mediante Oficio N° 2-2015-101250, devolvió el informe preliminar de la auditoría integral al contratista para que realizara las correcciones y ajustes puestos en conocimiento.

El 9 de octubre de 2015 la Supervisora a través del memorando 3-2015-020953 puso en conocimiento del Grupo de Contratación de Bienes y Servicios de la Subdirección el incumplimiento del contratista Haggen Audit Ltda., por la no entrega del producto y porque el informe preliminar no cumplía con las condiciones y calidades contratadas.

El 20 de enero de 2016 la empresa Haggen Audit Ltda., hizo entrega del Informe Final de Supervisión por lo que la Supervisora enseguida presentó su Informe de Supervisión, el cual fue objeto de objeción por parte del contratista.

La Superintendencia Nacional de Salud resolvió la objeción con fundamento en que no era cierto que la supervisora no tenía la idoneidad requerida para ejecutar dicha labor, pues aun cuando su título profesional es bacterióloga no es menos cierto que es una carrera que hace parte de las ciencias de la salud y que además cuenta con una especialización en Gerencia de la Salud Pública y otra especialización en Auditoría en Salud.

Expuso que ella contaba con más de 8 años de experiencia en la Superintendencia Nacional de Salud y con más de 13 años de experiencia en diferentes EPS y ESE.

En ese orden ideas, sostuvo que a través de la Resolución 2024 del 3 de noviembre de 2015 impuso multas diarias y sucesivas hasta que la supervisora certificara que el producto contratado fue entregado según las especificaciones y calidades técnicas requeridas. Posteriormente, a través de la Resolución

002452 del 30 de noviembre de 2015 liquidó la multa en una cuantía de \$1.141.039.

Señaló que la administración mediante Resolución 000855 del 22 de marzo de 2016 dispuso la liquidación del contrato de consultoría N° 103 de 2015. Luego, a través de la Resolución 002510 del 24 de agosto de 2016, se dispuso la liquidación del Contrato de Consultoría N° 103 de 2015 y se efectuó la declaración del balance financiero.

Partiendo de lo anterior, alegó que no existió falsa motivación en las Resoluciones 002024 del 3 de noviembre de 2015 y 002452 del 30 de noviembre del mismo año, puesto que los supuestos retrasos por parte de COLJUEGOS en la entrega de la información a la firma auditora nunca fueron comunicados a la Superintendencia Nacional de Salud durante la ejecución del contrato.

Hizo hincapié en que el cronograma y el plan de trabajo fueron presentados por la empresa contratista en cumplimiento de la obligación específica N° 20 de la cláusula de segunda del Contrato 103 de 2015, los cuales fueron aprobados por la entidad.

Afirmó que le correspondía al contratista reportar cualquier novedad o anomalía que se presentara en el curso de la ejecución del Contrato 103 de 2015, pero nunca informó sobre la demora en la entrega de la información por parte de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS, por lo que ahora la sociedad Haggen Audit Ltda., no puede justificar su incumplimiento con una situación ocurrida desde hace más de un año.

Agregó que lo realmente ocurrido fue que la sociedad Haggent Audit Ltda., concedió un término adicional a la auditada para la presentación de información de manera unilateral sin contar con la autorización previa de la Superintendencia Nacional de Salud, de lo que se concluye que los supuestos retrasos en la recepción de la información por parte de COLJUEGOS en realidad fueron consecuencia del plazo que autónomamente la contratista otorgó a la auditada, razón por la cual nadie puede alegar su propia culpa para justificar su incumplimiento.

Precisó que la Supervisora de la Superintendencia Nacional de Salud afirmó que entre las comunicaciones por ella dirigidas a la sociedad Haggen Audit Ltda., no

estaba la realización de actividades o la inclusión de productos adicionales a los pactados, pues lo que se exigió fue ajustar el informe preliminar al "Anexo N° 1 de Requisitos Técnico Mínimos".

Igualmente, explicó que comunicó al contratista que el informe preliminar no solo fue evaluado a título personal por la Supervisora designada, por cuanto ella cuenta con el apoyo de diversos funcionarios de la entidad.

Precisó que los informes finales de supervisión que sirvieron de base para la expedición de las Resoluciones 000855 del 22 de marzo de 2016 y 002510 del 24 de agosto de 2016, constituían un medio de prueba útil, necesario y pertinente al ser expedidos por una profesional idónea sin que exista falsa motivación o desviación de poder predicable respecto de aquellos actos administrativos.

De igual manera, trajo a colación los principios relativos a que el contrato es Ley para las partes, reconocido por el artículo 1.602 del Código Civil y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así como el de la buena fe contractual expuesto en el artículo 871 del Código de Comercio y artículo 1603 del Código Civil, para sostener que las partes deben obrar bajo estos postulados, respetar en esencia lo pactado y cumplir las obligaciones asumidas.

En este sentido, la Superintendencia Nacional de Salud sostuvo que en ejercicio de sus funciones expidió las correspondientes Resoluciones que impusieron la multa, su liquidación, su posterior incumplimiento parcial del contrato y liquidación del mismo, debidamente motivados.

Por último, alegó que los actos administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud no obstante lo dicho por la parte actora conservan la presunción de legalidad, por cuanto las causales de nulidad alegadas por la parte demandante no fueron demostradas en el presente asunto.

III.- TRAMITE DE INSTANCIA

El 3 de abril de 2017² la demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo de la Sede Judicial CAN siendo repartida a este Despacho, quien por auto del 11 de

² Folio 258 del Cuaderno 2

agosto del mismo año³ dispuso su inadmisión, la cual fue subsanada por la parte demandante en escrito presentado el 24 de agosto de ese año⁴.

Posteriormente, mediante proveído del 27 de octubre de 2017⁵ se dispuso la admisión por reunir los requisitos de Ley. El 13 de marzo de 2018⁶ se practicaron las notificaciones vía correo electrónico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a la Procuraduría 80 Judicial Administrativo de Bogotá D.C. y a la Superintendencia de Salud. Igualmente, entre los días 1° de octubre y 6, 8 de noviembre de 2018⁷ se remitieron a través de la empresa postal los traslados de la demanda a las precitadas entidades.

Una vez surtidas la totalidad de las notificaciones, se corrieron los traslados previstos en los artículos 172 y 199 del CPACA entre el 14 de marzo hasta el 12 de junio de 2018. En ésta fecha⁸ la Superintendencia Nacional de Salud presentó contestación a la demanda.

En audiencia inicial del 23 de abril de 2019⁹ el Juzgado evacuó las etapas consistentes en la fijación del litigio, exhortación a las partes para que conciliaran sus diferencias sin existir ánimo conciliatorio y se decretaron los medios probatorios solicitados por las partes.

En audiencia del 24 de octubre de 2019¹⁰ se practicaron las pruebas decretadas, se declaró finalizada la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.- Parte demandante

El 7 de noviembre de 2019¹¹ la parte demandante como fundamento de las causales de nulidad cuestiona la idoneidad de la Dra. Lida Roció Gutiérrez

³ Folio 260 del Cuaderno 2

⁴ Folios 262 a 267 del Cuaderno 2

⁵ Folio 269 del Cuaderno 2

⁶ Folios 271 a 274 del Cuaderno 2

⁷ Folios 300 a 317 del Cuaderno 2

⁸ Folios 277 a 297 del Cuaderno 2

⁹ Folios 320 a 322 del Cuaderno 2

¹⁰ Folios 326 a 327 del Cuaderno 2

¹¹ Folios 328 a 44 del Cuaderno 1

Rodríguez para ejercer la labor de supervisora, por cuanto la experiencia que adujo la Superintendencia Nacional de Salud porque se había desempeñado por más de 21 años en EPS y ESE no guarda ninguna relación con las funciones desarrolladas por COLGUEJOS, como tampoco los estudios de Gerencia en Salud y Auditoria.

Resaltó que COLJUEGOS es una Empresa Industrial y Comercial del Estado creada mediante el Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011 cuyo objeto es la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que no sean atribuidos a otra entidad.

Basado en lo anterior, alegó que la entidad auditada no es de aquellas que se ocupan del sector salud por lo que la experiencia de la Dra. Lida Roció Gutiérrez Rodríguez no es aplicable para la supervisión del Contrato N° 103 de 2015.

Por lo tanto, argumentó que la relación contractual sufre una brusca ruptura porque la óptica formativa de la Dra. Lida Roció Gutiérrez Rodríguez es muy diferente a la de vigilar casinos, loterías y rifas entre otros, lo que en últimas era lo que debía auditar la empresa Hagen Audit Ltda.

En ese orden de ideas, replicó los actos administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud porque de ninguna manera se pronunció frente a la objeción formulada por la empresa Hagen Audit Ltda, sino que por el contrario de manera arbitraria la entidad dio inicio al proceso de incumplimiento contractual donde no tuvieron en cuenta las pruebas aportadas como los dictámenes periciales e impuso de manera injusta las sanciones a la parte actora.

Por último, manifestó que la Superintendencia Nacional de Salud incurrió en la omisión de trasladar los hallazgos encontrados por la empresa Hagen Audit Ltda., a las autoridades respectivas beneficiando de esta manera a la entidad auditada. En consecuencia, solicitó al Juzgado acceder a las pretensiones de la demanda.

2.- Parte demandada

El vocero judicial de la Superintendencia Nacional de Salud, con memorial del 8 de noviembre de 2019¹² formuló sus alegatos de conclusión con similares planteamientos a los expuestos en la contestación de la demanda, motivo por el cual el Despacho no se encuentra necesario hacer resumen de los mismos.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado tiene competencia para conocer esta acción porque así lo determinan los artículos 104 numeral 2, 155 numeral 5 y 156 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.- Cuestión previa

Al revisar las documentales incorporadas al proceso se tiene que la aseguradora JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., en el marco de la póliza N° 22778 constituida a favor de la Superintendencia Nacional de Salud asumió la cobertura de los riesgos relacionados con el incumplimiento del Contrato N° 103 de 2015.

En el plenario se observa igualmente la comunicación N° 2-2015-134252 del 1° de diciembre de 2015¹³ procedente de la Superintendencia Nacional del Salud dirigida a la aseguradora con el objeto de obtener el pago del siniestro atinente a la multa impuesta a la aquí demandante, liquidada en la Resolución N° 002452 del 30 de noviembre de 2015.

No obstante, la Empresa HAGGEN AUDIT Ltda., a través de comunicado del 10 de diciembre de 2015 bajo el radicado N° 1-2015-154810 acreditó el pago de la multa a favor de la Superintendencia Nacional de Salud¹⁴, según se desprende de la consignación efectuada en Bancolombia en la cuenta corriente N° 031-891255-97.

¹² Folio 345 a 346 del Cuaderno 2

¹³ Ver página 87 del archivo digital denominado Contrato 103 10 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

¹⁴ Ver páginas 92 a 93 del archivo digital denominado Contrato 103 10 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

De otra parte, en lo relacionado con el otro siniestro correspondiente a la cláusula penal que hizo efectiva la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución N° 00855 del 22 de marzo de 2016¹⁵, la misma se tuvo como pagada en la Resolución N° 002510 del 24 de agosto de 2016¹⁶ al descontarse del saldo a favor del contratista en cuantía de \$35.657.463.00 conforme a lo acordado en el Contrato N° 103 de 2015 en su cláusula vigésima cuarta.

En ese contexto es claro que desapareció el interés jurídico que la aseguradora JMALUCELLI TRAVLERS SEGUROS S.A., pudiera tener respecto del presente asunto.

Si bien el ideal de la relación jurídico-procesal es que esté conformada desde el inicio por todos aquellos sujetos o intervinientes respecto de los cuales la sentencia pueda tener efectos, resulta tenue dicha circunstancia si el sujeto es considerado como un litisconsorcio cuasi necesario, pues tanto la doctrina¹⁷ como el precedente Jurisprudencial¹⁸ han aceptado esta figura entre el contratista y la aseguradora cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva, pues es suficiente la concurrencia de uno de ellos por cuanto cada uno puede demandar de forma separada.

Por tal motivo, no había lugar a la citación de la aseguradora JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., más aún cuando se encuentra probado que en el presente medio de control se evidenciaron las siguientes situaciones:

i) La suma de \$1.141.039 por concepto de multa fue pagada por la empresa HAGGEN AUDIT Ltda.

¹⁵ Ver páginas 176 a 237 del archivo digital denominado Contrato 103 12 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

¹⁶ Ver páginas 285 a 288 del archivo digital denominado Contrato 103 12 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

¹⁷ Ver página 523 del Libro Proceso Contencioso Administrativo Fase Escrita – Fase Oral Debates Procesales (Hacia una nueva Reforma), Juan Carlos Garzón Martínez, Grupo Editorial Ibañez, 2019.

¹⁸ Ver Sentencia 23 de febrero de 2012 con Ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio integrante de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B – del Consejo de Estado. Radicación N° 050012326000199400558-01 (20.810): “(...) Esta especie o modalidad de litisconsorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litisconsorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos. (...)”, Reiterado en Sentencia del

ii) La suma de \$35.657.463 por concepto de cláusula penal se tuvo como pagada por la Empresa HAGGEN AUDIT Ltda., a través de la compensación efectuada por la Resolución N° 002510 del 24 de agosto de 2016¹⁹.

iii) El valor de \$62.238.171,88 por concepto de indemnización de perjuicios si bien se declaró como siniestro del amparo de Cumplimiento y de Calidad del Servicio de la Póliza de Seguro de Cumplimiento Estatal N° 22778 mediante Resolución N° 000855 del 22 de marzo del 2016²⁰ se hace necesario precisar que la Superintendencia Nacional de Salud en dicho acto administrativo se reservó la facultad del artículo 1600 del Código Civil de cobrarse en su totalidad la indemnización de perjuicios.

En efecto, la precitada norma prescribe que no puede pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente, lo cual siempre está sujeto al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

De manera que la Superintendencia Nacional de Salud del monto de \$62.238.171,88 tasado como rubro indemnizatorio del incumplimiento contractual por parte de la empresa HAGGEN AUDIT Ltda., le aplicó el valor pagado de la cláusula penal por la suma de \$35.657.463 como pago anticipado a la indemnización de los perjuicios, quedando un saldo de \$23.352.845.

Es necesario traer a colación que la Superintendencia Nacional de Salud en la parte motiva y en el artículo 6° del acto administrativo dejó claro que para exigir el monto de \$23.352.845 le correspondía acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para obtener el pago de esta indemnización, razón por la cual no fue incluido en la liquidación unilateral del Contrato N° 103 de 2015, ni tampoco se tiene certeza si dicho rubro fue ejecutado en un proceso de Jurisdicción Coactiva.

Por tanto, resulta innecesaria la citación de la aseguradora JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., en razón a que la Superintendencia Nacional de

¹⁹ Ver páginas 285 a 288 del archivo digital denominado Contrato 103 12 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

²⁰ Ver páginas 176 a 237 del archivo digital denominado Contrato 103 12 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

Salud se reservó la facultad de demandar ante un Juez una indemnización superior al valor pagado por cláusula penal²¹.

Por lo tanto, en el presente asunto la Superintendencia no está reclamando si hay lugar a reconocer una indemnización mayor a la cláusula penal que hizo efectiva la Administración en la Resolución N° 000855 del 22 de marzo de 2016 motivo por el cual tampoco era necesario citar a la aseguradora, sumado al hecho que la Superintendencia Nacional de Salud puede demandar de forma separa si lo considera necesario.

Por tales motivos, no había lugar a la citación de la aseguradora JMALUCELLI TRAVLERS SEGUROS S.A. en el presente medio de control, lo que evidencia la procedencia de fallar de fondo este asunto.

3.- Problema Jurídico

Al Despacho le concierne determinar si procede la nulidad de las Resoluciones 2024 del 3 de noviembre de 2015, 2452 del 30 de noviembre de 2015, 000855 del 22 de marzo de 2016 y 2510 del 24 de agosto de 2016, emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, y si dichos actos causaron los perjuicios alegados por Haggen Audit Ltda.

4.- Análisis de los cargos de ilegalidad

El despacho se adentra en el estudio de cada uno de los cargos de nulidad que fueron propuestos por la empresa Haggen Audit Ltda.

4.1.- De la falsa motivación de la imposición de multa y de su liquidación ordenadas en las Resoluciones 002024 del 3 de noviembre de 2015 y 002452 del 30 de noviembre de 2015

La Resolución 002024 del 3 de noviembre de 2015²² resolvió imponer a partir de la fecha y durante la vigencia del Contrato, a la sociedad Haggen Audit Ltda., multas diarias y sucesivas del uno por mil (1x1000) del valor del contrato sin que excediera del diez por ciento de su valor total, hasta tanto la Supervisora

²¹ Ver página 228 del archivo digital denominado Contrato 103 12 de 12 incorporado en el DVD-R obrante a folio 227 del Cuaderno 2

²² Vuelto folio 21 del Cuaderno 1

certificara que el producto contratado había sido entregado conforme a las especificaciones y calidades técnicas requeridas.

Y la Resolución 002452 del 30 de noviembre de 2015²³ liquidó la multa a cargo de la empresa Haggen Audit Ltda., en cuantía de \$1.141.039.

Se alega la nulidad de los actos demandados por falsa motivación al considerar que transgreden los artículos 29, 209 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 3°, 5° y 23 de la ley 80 de 1993.

Se cuestiona la legalidad de las Resoluciones 002024 del 3 de noviembre de 2015 y 002452 del 30 del mismo mes y año principalmente porque la Superintendencia Nacional de Salud no cumplió con su obligación de entregar los documentos necesarios para efectuar la auditoría de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS.

Igualmente, controvirtió los actos administrativos de imposición de multa, así como su respectiva liquidación, por tratarse de una sanción injusta debido a que se fundaron en informes presentados por la Supervisora del Contrato N° 103 de 2015 de forma extemporánea.

Respecto a las anteriores inconformidades la Superintendencia Nacional de Salud refutó los cargos de nulidad por las siguientes razones: i) Porque el plan de trabajo y cronograma de actividades fue concertada entre la sociedad Haggen Audit Ltda., y la administración, ii) porque la contratista no informó a la entidad sobre las anomalías en la entrega de la información por parte de Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar – COLJUEGOS -, iii) porque fue por la propia culpa de la empresa que se decidió de forma unilateral conceder un término adicional a la auditada para que hiciera entrega de los documentos objeto de auditoría sin contar con la previa aprobación de la entidad, y iv) porque el informe preliminar no cumplió con las condiciones y calidades requeridas por la Superintendencia de Salud.

En este contexto, del Contrato 103 de 2015 se tiene que su objeto se contrajo a realizar auditoría integral a la gestión realizada por la Empresa Industrial y

²³ Ver folio 26 del Cuaderno 1

Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS en desarrollo de la explotación del monopolio, cuyos recursos están destinados a financiar los servicios de salud.

Entonces, se tiene que para el desarrollo del objeto del Contrato 103 de 2015 las partes contratantes acordaron diferentes obligaciones, en especial en la cláusula segunda²⁴ la empresa Haggen Audit Ltda., asumió como responsabilidades las de: i) evitar dilaciones injustificadas, iii) atender las recomendaciones y lineamientos que durante la ejecución del Contrato hubiera impartido la Supervisora, iii) reportar cualquier novedad o anomalía que se hubiera presentado, iv) cumplir con las especificaciones técnicas determinadas en el Anexo Técnico N° 1, v) desarrollar el Plan de Trabajo y el cronograma de las visitas en forma conjunta con la Supervisora, vi) ejecutar las visitas y elaborar los respectivos informes, de conformidad con el Plan de Trabajo definido, vii) presentar el Informe Preliminar de cada una de las visitas, con los soportes de acuerdo con el Plan de Trabajo definido y los dispuesto en las normas y procedimientos establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud y de acuerdo a las especificaciones técnicas, viii) realizar los ajustes a los informes preliminar y final, a que haya lugar, en los términos establecidos en las especificaciones técnicas, entre otras obligaciones.

Del mismo clausulado se tiene que la sociedad Haggen Audit Ltda., asumió la obligación de entregar entre otros productos el Informe Preliminar de visita del auditado y por componente con los correspondientes documentos de soporte y memorias de las auditorias, el cual debía satisfacer las especificaciones descritas en el Anexo N° 1 de Requerimientos Técnicos Mínimos²⁵, así:

- Información General y análisis del sujeto auditado.
- Normas aplicables a los procesos objeto de inspección.
- Análisis de la información y diagnóstico de la situación de los procesos objeto de inspección, de acuerdo con la información y documentación recopilada, en el marco de las normas aplicables.
- Cuadro de hallazgos, que permitan identificar la norma presuntamente violada.

²⁴ Ver folio 8 del Cuaderno 1

²⁵ Vuelto folio 12 del Cuaderno 1

Igualmente, el plazo establecido en el precitado documento se fijó dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la terminación de la auditoría. Luego, el Supervisor del contrato contaba con dos (2) días hábiles siguientes al recibo del mismo.

En el expediente digital contractual se observa que a partir de la expedición del auto 212 del 10 de agosto de 2015, se ordenaron las visitas de Auditoría Integral a la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar COLJUEGOS.

Puntualmente, se tiene que el 24 de agosto de 2015 la empresa Haggen Audit Ltda., dio inicio a la apertura de la visita de carácter integral a COLJUEGOS. Posteriormente, el 4 de septiembre de 2015 mediante acta de visita efectuó el cierre de la misma.

En este contexto, del Informe Final de Supervisión del Contrato de Consultoría 103 de 2015²⁶ sobresale el cronograma acordado entre la Superintendencia Nacional de Salud y la Empresa Haggen Audit Ltda., y las fechas en que la contratista hizo entrega del producto – Informe Preliminar, así:

Actividad	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación por Cronograma	Fecha de Cumplimiento Real
Realización de la Visita	28/08/2015	04/09/2015	Del 28 de agosto al 04 de septiembre de 2015
Revisión de Visita Preliminar	05/09/2015	14/09/2015	Fecha dispuesta para la elaboración del Informe Preliminar por parte del Contratista
Revisión Informe Preliminar Supersalud	14/09/2015	17/09/2015	No se adelantó revisión del informe preliminar en las fechas establecidas debido a que el mismo fue radicado por tomos en diferentes fechas, así: 28/09/2015 Tomo I 01/10/2015 Tomo II 02/10/2015 Tomo III
Envío del Informe al Vigilado	18/09/2015	05/10/2015	Actividad no cumplida
Respuesta del Vigilado Análisis de la Respuesta del Vigilado	05/10/2015	05/10/2015	Actividad no cumplida
		13/09/2015	Actividad no cumplida
Informe Final	20/10/2015	20/10/2015	Actividad no cumplida

Partiendo de lo anterior, se constata que la Empresa Haggen Audit Ltda., y la Superintendencia Nacional de Salud acordaron que la fecha entrega del Informe Preliminar por parte del contratista era el 14 de septiembre de 2015, como prueba de ello se tiene el Oficio 2-2015-095841 del 22 de septiembre de 2015 procedente de la Supervisora del Contrato 103 de 2015 que requirió a la empresa mencionada de la entrega del mismo.

²⁶ Folios 27 a 85 del Cuaderno 1

Sumado a lo anterior, se encuentra probado que la contratista de forma unilateral extendió el plazo a COLJUEGOS para entregar en su totalidad la información hasta el 10 de septiembre de 2015. Por lo tanto, no le asiste razón a la parte actora en cuanto a que la entrega tardía del Informe Preliminar a la Superintendencia Nacional de Salud obedeció a la mora en la entrega de la información por parte de la auditada, pues del tenor literal del Contrato 103 de 2015 de ninguna manera se puede establecer alguna obligación pactada en este sentido a favor de la empresa Haggen Audit Ltda., sino contrario a ello lo que se acordó fue que la contratista evitaría dilaciones injustificadas y reportaría cualquiera anomalía de la auditada a la Administración.

Sin lugar a dudas, fue bajo el propio riesgo de la sociedad contratista que de manera unilateral opto por conceder un plazo a la entidad auditada cuando de por medio existía un plazo perentorio para entregar uno de los productos contratados para el 14 de septiembre de 2020.

De esta manera, se comprueba que el procedimiento sancionatorio adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud no solamente tuvo como origen el simple hecho de la entrega tardía del Informe Preliminar por parte del contratista, sino que ello también conllevó a que la Supervisora empleara tiempos adicionales para efectuar la revisión del producto porque fue entregado cuando el plazo para hacerlo estaba vencido.

Es claro, entonces, que entre la fecha acordada para la entrega del producto por parte de la sociedad Haggen Audit Ltda., esto es el 14 de septiembre de 2015, y la época en que la Administración recibió a satisfacción el Informe Preliminar, es decir el 10 de noviembre de 2015, transcurrieron aproximadamente dos (2) meses de mora en el cumplimiento de una de las obligaciones del Contrato 103 de 2015.

Por esta razón, que no es atribuible a la Supervisora, fue que se vio avocada a efectuar la revisión del Informe Premilinar por fuera de los plazos fijados, ya que la entrega se hizo de forma parcial, pues para el 28 de septiembre de 2015 la contratista entregó con el Oficio 1-2015-118190 el Tomo 1 que desarrolló los siguientes temas: situación financiera, reglamentos de juegos de suerte y azar y autorizaciones y los contratos de concesión del monopolio

Luego, las entregas posteriores fueron efectuadas por fuera de los plazos establecidos, como la del 1° de octubre de 2015, la sociedad Haggen Audit Ltda.,

a través de Oficio No. 1-2015- 120559, suscrito por su representante legal, allegó a la Supervisora del Contrato el Tomo 2 del Informe Preliminar respecto a la visita realizada a COLJUEGOS, el cual desarrolla lo atinente a la liquidación, declaración y pago de recursos, recaudo, distribución de los recursos y transferencias, transferencia a salud, fiscalización y control a la ilegalidad.

Con posterioridad, el día 2 de octubre de 2015, a través de comunicación identificada con radicado 1-20-121224, el representante legal de Haggen Audit Ltda., presentó a la Supervisora del Contrato el Tomo 3 del Informe Preliminar de la visita de Auditoría practicada a COLJUEGOS.

En consonancia con lo anterior se encuentra probado que el Informe Preliminar fue devuelto en diferentes ocasiones por la Supervisora para que se realizaran la observaciones mencionadas en los Comunicados 2-2015-097885 del 29 de septiembre de 2015, 2-2015-101250 del 9 de octubre de 2015, 2-2015-114081 del 22 de octubre de 2015, así como las realizadas en audiencias de 30 de octubre y 10 de noviembre de 2015. Solamente con ocasión al Memorando 3-2015-023423 del 25 de noviembre de 2015 la Supervisora reportó los ajustes y correcciones efectuados por el Contratista.

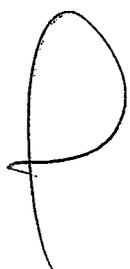
Por lo tanto, existían motivos suficientes para que la Supervisora el día 9 de octubre de 2015 a través de Memorando 3-20 020083 dirigido al Coordinador del Grupo de Contratación de Bienes y Servicios, pusiera en conocimiento el presunto cumplimiento defectuoso y tardío de las obligaciones a cargo del contratista, en razón a las entregas parciales.

Los anteriores razonamientos desvirtúan el cargo de falsa motivación frente a la Resolución 002024 del 3 de noviembre de 2015²⁷, pues la Superintendencia Nacional de Salud con toda razón procedió a la imposición de multa a la empresa Haggen Audit Ltda., hasta tanto la Supervisora certificara que el producto contratado había sido entregado conforme a las especificaciones y calidades técnicas requeridas.

Entonces, la liquidación de la multa en la Resolución 002452 del 30 de noviembre de 2015²⁸ en cuantía de \$1.141.039, a cargo de la empresa Haggen

²⁷ Vuelto folio 21 del Cuaderno I

²⁸ Ver folio 26 del Cuaderno I



Audit Ltda., se encuentra debidamente motivada por la Administración porque sí existió una entrega tardía de uno de los productos.

Los anteriores actos administrativos fueron el resultado del ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración²⁹ contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Consecuente con lo anterior, en criterio de esta instancia judicial y desde la perspectiva formal, sí existió una causa motivada para imponer y liquidar la multa del Contrato 103 de 2015. Por ende, la situación fáctica probada dentro de la actuación contractual obedeció a la culpa directa del contratista y por ello le era atribuible la responsabilidad de su inobservancia de los plazos de ejecución convenidos. Por estas razones, el cargo no prospera.

4.2.- De la falsa motivación de la orden de liquidar Contrato N° 103 de 2015 contentiva en la Resolución N° 000855 del 22 de marzo de 2016, así como la liquidación unilateral efectuada mediante Resolución N° 002510 del 24 de agosto de 2016

²⁹ “ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

- a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;
- b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;
- c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;
- d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

Se alega la nulidad de los actos demandados por la falsa motivación al considerar que transgrede las normas anteriormente citadas.

Se censuran el acto administrativo que impartió la orden de liquidar el Contrato 103 de 2015, así como la liquidación del mismo bajo los siguientes argumentos que se exponen *grosso modo*.

La parte actora sostiene que existe una incongruencia entre lo motivado en las Resoluciones 000855 del 22 de marzo de 2016 y 002510 del 24 de agosto de 2016 y los hechos probados durante la actuación administrativa, lo que configura falsa motivación de parte de la Superintendencia Nacional de Salud porque: i) se apoyó erróneamente en el criterio de la Supervisora para aprobar o improbar las labores de la auditoria de la Empresa Hagggen Audit Ltda., quien no tenía la idoneidad para ejercer dicha labor, ii) los criterios de evaluación empleados por la Supervisora para determinar el cumplimiento del Contrato 103 de 2015, se reducen a apreciaciones subjetivas porque si bien se pactaron obligaciones generales y específicas, lo cierto es que no era viable subdividirlas como "*obligaciones específicas principales*" y "*obligaciones específicas secundarias*", iii) la calificación porcentual dada a cada una de ellas contraviene lo pactado en el Pliego de Condiciones y en el Contrato 103 de 2015, iv) la objeción formulada al Informe Final de Supervisión que concluyó un 44% de cumplimiento no fue tomada en cuenta por la Administración pues dejó de lado los dictámenes periciales que acreditaban un 94% de cumplimiento del Contrato 103 de 2015; v) la Superintendencia Nacional de Salud no le comunicó ni le notificó alguna determinación sobre la liquidación bilateral o unilateral del mismo³⁰ y iv) no era procedente liquidar saldos a favor de la Administración por concepto de valores no ejecutados del Contrato y de cláusula penal.

En contraste a ello, la Superintendencia Nacional de Salud refutó la tesis de la parte actora con fundamento en que: i) la empresa Hagggen Audit Ltda., incumplió lo pactado en el Contrato 103 de 2015, ii) la Supervisora sí contaba con la idoneidad para ejercer dicha labor, iii) por tal razón a ella sí le correspondía analizar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, iv) los dictámenes periciales al no cumplir con los requisitos previstos en el artículo 226 del CGP adolecían de fuerza probatoria para desvirtuar la labor realizada por la auditora, y v) que el Informe Final de Supervisión fue un medio de prueba útil, necesario y pertinente para la

³⁰ Ver manifestación efectuada a folio 24 del cuaderno 2

expedición de las Resoluciones 000855 del 22 de marzo de 2016 y 002510 del 24 de agosto de 2016 razón por la cual no existió falsa motivación en los actos administrativos.

La norma que regula la facultad de la Administración para declarar el incumplimiento contractual e imponer sanciones económicas a los contratistas, es el artículo 17 de la Ley 1150 de 16 de julio 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.”*, que enseña:

“Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas **con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones**. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista **y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista**. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.” (El Despacho resalta)

El precepto anterior permite deducir que la facultad sancionatoria de la Administración se puede ejercer, obviamente, a partir del momento en que el colaborador de la Administración desatiende sus obligaciones contractuales.

Tenemos que la Superintendencia Nacional de Salud hizo uso de la facultad sancionatoria con ocasión a la supervisión del Contrato 103 de 2015 en las Resoluciones referenciadas.

Entonces, respecto de la Resolución 000855 del 22 de marzo de 2016 el análisis del cargo planteado por falsa motivación se abordara en tres sub-temas: i) De la carencia de idoneidad de la Supervisora; ii) De la metodología de la evaluación

del cumplimiento de las obligaciones, y iii) De la indebida valoración probatoria por negarle fuerza probatoria a los dictámenes periciales aportados por la empresa Haggen Audit Ltda.

Y frente a la Resolución 002510 del 24 de agosto de 2016 el cargo de la falsa motivación se analizará en dos temas: i) De la indebida liquidación de los valores no ejecutados del Contrato que arrojó saldo a favor de la Administración; y ii) de la improcedencia de la imposición de la Cláusula Penal

4.2.1. De la falsa motivación de la orden de liquidar Contrato 103 de 2015 contenida en la Resolución 000855 del 22 de marzo de 2016

i).- De la falsa motivación por la carencia de idoneidad de la Supervisora

El cargo de nulidad planteado por falsa motivación cuestiona la idoneidad de la Supervisora porque no tenía la capacidad técnica y/o profesional para determinar el presunto incumplimiento de las obligaciones por parte de la Empresa Haggen Audit Ltda., dado que su profesión de bacterióloga no le permite analizar el contenido de la auditoria por ellos realizada gracias a que el objeto de la entidad auditada se contrae a la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hacen parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que no sean atribuidos a otra entidad.

En materia de supervisión del contrato estatal el artículo 83 del Estatuto de Anticorrupción determina el alcance en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la

entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (...)” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

De igual manera, el artículo 84 del Estatuto Anticorrupción establece las facultades y deberes de los supervisores y los interventores, así:

“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

PARÁGRAFO 4o. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7o de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio. (...)” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

De las anteriores normas se puede establecer que si bien es cierto que la Ley reconoce la importancia de supervisar los contratos, también lo es que no existe un sistema unificado para realizar este propósito, afirmación que se confirma con la disposición del artículo 160 del Decreto 1510 de 2013 el cual, no obstante señala la obligación que tienen todas las entidades cobijadas por la Ley 80 de 1993 de tener un manual de contratación de manera genérica.

En el caso en concreto, de la motivación de la Resolución 000855 del 22 de marzo de 2016 se desprende lo siguiente:

“(…) En el caso que nos ocupa si bien el Manual de Contratación adoptado por la Entidad exige conocimientos en la materia, sobre la que se realiza supervisión, no prevé en ningún evento un título idóneo para ejercer la misma, de lo que deviene que la idoneidad está determinada por el conocimiento y experiencia de quien está llamada a ejercerla y no por el título que ostenta. Lo anterior en concordancia de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 que determina que para el ejercicio de la supervisión, no se necesita conocimientos especializados.

En este punto del estudio es necesario llamar la atención sobre que desde los pliegos de condiciones que antecedieron la celebración del contrato, la entidad determinó que la supervisión sería ejercida por un funcionario de la misma, sin individualizar su formación académica, condición que fue replicada en la minuta del contrato, en donde además la supervisora fue designada, es decir que antes de que se diera inicio a la ejecución del vínculo contractual, el contratista conocía el nombre del funcionario que ejercería la supervisión, pudiendo constatar en el SIGEP su formación académica, y presentando en ese momento sus objeciones a la misma, sin que dicho hecho haya acaecido en el trámite que nos ocupa.

Es así como la idoneidad de la funcionaria supervisora no fue cuestionada durante la ejecución del contrato, presentándose discrepancia sobre las valoraciones emitidas únicamente ad portas de culminarse el plazo del vínculo contractual, y ante la negativa soportada de aceptar el informe preliminar de auditoría.

No obstante, es importante aclarar que la señora Gutiérrez ostenta especialización en Auditoría en Salud, **la misma que fue exigida en los pliegos de condiciones al Director del Proyecto**, aunado a la experiencia que sobre las labores de auditoría adelanta esta Superintendencia por cuanto estuvo vinculada a esta Institución durante más de 8 años, condición de la que da cuenta la certificación de experiencia que le fue entregada al Contratista en la diligencia adelantada el día 16 de febrero de 2016.

En forma adicional y en concordancia con lo expuesto, debe decirse que la defensa del contratista se ha limitado a afirmar que la persona que ejerció la supervisión no era idónea para ejercer dichas labores, pero no ha atacado técnicamente sus pronunciamientos, es así como para este momento del trámite, la entidad no cuenta con una contraposición argumentativa frente a las valoraciones realizadas por la supervisión, que determine que la misma incurrió en yerros, más aun cuando el dictamen pericial no pudo ser tenido en cuenta por cuanto fue presentado sin el lleno de requisitos dispuestos para ello. (Negrilla y subrayado fuera de texto) (...)”³¹

En ese orden de ideas, de las disposiciones transcritas, así como de la motivación reseñada en el acto administrativo se puede evidenciar que la supervisión del contrato estatal podía ser ejercida por la misma entidad porque el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico no requieren conocimientos especializados pues dada la naturaleza de la Superintendencia Nacional de Salud su objeto se contrae a la inspección, control y vigilancia de entidades como la auditada.

Es necesario recordar lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que establece el principio de responsabilidad a los servidores públicos, quienes están en la obligación de perseguir el cumplimiento de los fines de la contratación, “vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”. De ahí que las disposiciones sobre la supervisión e interventoría de los contratos de la Superintendencia Nacional de Salud que constan en el Manual de Contratación y Supervisión, se define, así:

“(…) La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. (...)”

Luego, de la revisión del Manual de Contratación y Supervisión de la Superintendencia Nacional de Salud adoptado mediante Resolución 1453 del 30 de junio de 2014, se observan los siguientes requisitos para la designación de Supervisor. Veamos:

³¹ Folio 211 del Cuaderno 2

“(…) El profesional designado como supervisor, así como el contratista interventor, deberán tener acreditados conocimientos técnicos o especializados que se relacionen con el objeto contractual, preferiblemente con experiencia en la intervención de objetos relacionados al que se le va a designar.

Podrán ser designados como supervisores los siguientes funcionarios:

- Superintendentes delegados
- Directores
- Secretario General
- Subdirectores de la Secretaria General
- Jefes de Oficina
- Coordinadores
- Asesores (...)”³²

De manera que la persona que fue designada por la Superintendencia Nacional de Salud su profesión de bacteriología no le resta calidades para desempeñarse como Supervisora dado que contaba con más de ocho (8) años de experiencia en la entidad y que cuenta con una Especialización en Auditoría en Salud, sumado a que su labor se ciñó a las que fueron dispuestas en el clausulado del Contrato 103 de 2015, a lo establecido en el Anexo N° 1 de Requerimiento Técnico Mínimos adjunto al mismo y a lo consagrado en el Manual de Contratación y Supervisión de la Superintendencia de Salud.

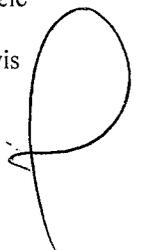
Así, el propósito del Supervisor es, además de garantizar el interés de la comunidad, controlar objetiva y técnicamente la adecuada ejecución del contrato³³. De ahí que se entienda que representa a la entidad estatal y que, en consecuencia, actúa en su nombre.

Por lo tanto, este cargo se resuelve desfavorablemente a la parte actora, ya que normativamente no se cuenta con una disposición de orden legal o reglamentario que imponga una determinada profesión para el cumplimiento de la supervisión, además que la persona designada en este caso contaba con amplia experiencia en la Superintendencia Nacional de Salud y si bien su profesión de base sugiere que ello nada tiene que ver con la supervisión, eso resulta desvirtuado con los estudios de posgrado que tiene y con la acumulación de experiencia que sin duda le sirvieron para cumplir su función.

³² Consulta efectuada a la dirección

[Google.com/search?q=manual+de+contratación+estatal+supersalud&rlz=1C1OKWM_esCO848CO852&oq=manual+de+contratación+estatal+supersalud&aqs=chrome..69i57j0.12719j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=manual+de+contratación+estatal+supersalud&rlz=1C1OKWM_esCO848CO852&oq=manual+de+contratación+estatal+supersalud&aqs=chrome..69i57j0.12719j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-621 del 16 de junio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis



Además, valga señalar, tal como lo resaltó la entidad demandada, que la designación de la doctora Lida Rocío Gutiérrez Rodríguez en calidad de supervisora del contrato de marras no fue un hecho que se mantuvo oculto al contratista, por el contrario fue de su pleno conocimiento, y solo le vino a parecer irregular cuando sus informes ponían en evidencia sus incumplimientos, que por estar estrechamente ligados al vencimiento de los plazos establecidos para la entrega de los informes de auditoría verdaderamente no develan ninguna anomalía, pues a decir verdad y sin demeritar los demás ítems controlados por la supervisión, la función de constatar si un informe se entrega o no en la fecha indicada no requiere de una determinada profesión o de estudios interdisciplinarios o de posgrado en particular.

ii) De la falsa motivación por la metodología empleada en la evaluación del cumplimiento de las obligaciones

Las obligaciones respecto de las cuales recayó la Supervisión corresponden a las pactadas en la cláusula segunda del Contrato 103 de 2015³⁴ divididas en generales y en específicas, cuya evaluación fue la motivación que condujo a declarar el incumplimiento parcial del mismo bajo el siguiente esquema. Veamos:

EVALUACIÓN PORCENTUAL DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRATO N° 103 DE 2015 Obligaciones Generales Un Total de 9 + Obligaciones Específicas Un Total de 19							
OBLIGACIONES	VALOR NOMINAL	CALIDAD (80%)	OPORTUNIDAD (20%)	PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO	CONCEPTO DE CUMPLIMIENTO	VALOR EJECUTADO	VALOR NO EJECUTADO (Vr. Nominal - Vr Ejecutado)
OBLIGACIONES GENERALES							
1	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
2	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
3	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
4	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
5	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
6	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	50%	PARCIAL	\$ 2.459.135,43	\$ 2.459.135,43
7	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
8	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
9	\$ 4.918.270,86	N.A.	N.A.	50%	PARCIAL	\$ 2.459.135,43	\$ 2.459.135,43
OBLIGACIONES ESPECÍFICAS							

³⁴ Ver folio 8 del Cuaderno 1

1	\$ 4.918.270,86	25%	0%	20%	PARCIAL	\$ 983.654,17	\$ 3.934.616,69
2	\$ 4.918.270,86	NA	NA	50%	PARCIAL	\$ 2.459.135,43	\$ 2.459.135,43
3	\$ 4.918.270,86	100%	0%	80%	PARCIAL	\$ 3.934.616,69	\$ 983.654,17
4	\$ 4.918.270,86	25%	100%	40%	PARCIAL	\$ 1.967.308,34	\$ 2.950.962,52
5	\$ 4.918.270,86	40%	100%	52%	PARCIAL	\$ 2.557.500,85	\$ 2.360.770,01
6	\$ 4.918.270,86	25%	100%	40%	PARCIAL	\$ 1.967.308,34	\$ 2.950.962,52
7	\$ 4.918.270,86	25%	40%	28%	PARCIAL	\$ 1.377.115,84	\$ 3.541.155,02
8	\$ 4.918.270,86	NA	NA	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
9	\$ 4.918.270,86	NA	NA	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
10	\$ 4.918.270,86	25%	0%	20%	PARCIAL	\$ 983.654,17	\$ 3.934.616,69
11	\$ 4.918.270,86	0%	0%	0%	INCUMPLIMIENTO	\$ 0,00	\$ 4.918.270,86
12	\$ 4.918.270,86	0%	0%	0%	INCUMPLIMIENTO	\$ 0,00	\$ 4.918.270,86
13	\$ 4.918.270,86	NA	NA	0%	INCUMPLIMIENTO	\$ 0,00	\$ 4.918.270,86
14	\$ 4.918.270,86	NA	NA	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
15	\$ 4.918.270,86	NA	NA	0%	INCUMPLIMIENTO	\$ 0,00	\$ 4.918.270,86
16	\$ 4.918.270,86	NA	NA	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
17	\$ 4.918.270,86	NA	NA	0%	INCUMPLIMIENTO	\$ 0,00	\$ 4.918.270,86
18	\$ 4.918.270,86	40%	100%	52%	PARCIAL	\$ 2.557.500,85	\$ 2.360.770,01
19	\$ 4.918.270,86	100%	100%	100%	TOTAL	\$ 4.918.270,86	\$ 0,00
20	\$ 4.918.270,86	18.2%	18.2%	18.2%	PARCIAL	\$ 894.231,07	\$ 4.024.039,79
TOTAL	\$ 142.629.860,00					\$ 83.619.546,94	\$ 59.010.308,00
					PORCENTAJE	58.6%	41,40%

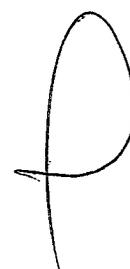
³⁵ Ver Resolución N° 000855 del 22 de marzo de 2016

Ahora bien, en el presente caso se cuestiona la legalidad de la metodología empleada por la Supervisora y los criterios de evaluación utilizados para la verificación del cumplimiento del Contrato 103 de 2015, respecto a lo cual es necesario advertir que los mismos tienen respaldo en el Manual de Contratación y Supervisión de la Superintendencia Nacional de Salud adoptado en la Resolución 1453 del 30 de junio de 2014.

En efecto en su numeral 3.2.5.3 se establece que al Supervisor le corresponde presentar oportunamente Informe de Supervisión al Grupo de Contratación de Bienes y Servicios cuando evidencie hechos o circunstancias que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando evidencie la ocurrencia de hechos que puedan ser constitutivos de incumplimiento parcial o total del contrato.

En este acápite del Manual de Contratación y Supervisión reseña que este informe debe incluir como mínimo: (i) hechos, (ii) obligaciones presuntamente incumplidas; (iii) argumentos que motiven el presunto incumplimiento de dichas

³⁵ Vuelto folio 209 del Cuaderno 2



obligaciones; (iv) consecuencias que se pueden generar para el contratista derivadas del adelantamiento del proceso administrativo contractual sancionatorio; y (v) original de los requerimientos efectuados al contratista con copia a la aseguradora, solicitando el cumplimiento de las obligaciones informadas como presuntamente incumplidas; lo anterior, de conformidad con el Art. 17 de la Ley 1150 de 2007, Art. 34 y siguientes de la Ley 1474 de 2011 y Art. 86 de la Ley 1474 de 2011.

Inclusive de forma expresa el precitado Manual de Contratación y Supervisión de la Superintendencia Nacional de Salud permite constatar la metodología de evaluación de forma porcentual en los siguientes términos, así:

“(…) El informe final deberá contener como mínimo:

- Identificación general del contrato (contratista, identificación, objeto, plazo de ejecución, fecha de iniciación y finalización, prórrogas, adiciones, suspensiones, etc.)
- **Concepto y porcentaje de cumplimiento de cada una de las obligaciones y/o productos contractuales, dejando constancia de igual forma sobre el porcentaje de incumplimiento, cuando a ello hubiere lugar, sustentando tal concepto con la documentación soporte respectiva.**
- Conclusiones sobre la ejecución administrativa, financiera y técnica del contrato.
- Balance financiero, señalando: valor del contrato, valor adicional, valor total, valor ejecutado, valor pagado y/o girado, saldos a favor y/o a reintegrar por las partes, valor a liberar y/o liberado.
- **Conclusión sobre el cumplimiento y/o incumplimiento de las obligaciones contractuales y las recomendaciones pertinentes.**
 (Subrayado y Negrilla fuera de texto. (...))³⁶

Es importante precisar que por tratarse de un contrato estatal con vigencia comprendida entre el 10 de agosto de 2015 y el 10 de noviembre de 2015³⁷ las disposiciones por las cuales se rige la Supervisión del Contrato 103 de 2015 son las adoptadas mediante Resolución N° 1453 del 30 de junio de 2014, y no por la Resolución N° 1456 de 2008 como erróneamente lo afirma la Empresa Haggen Audit Ltda., en razón que esta última fue derogada por la Resolución N° 307 de 2011.

En ese orden de ideas, no es de recibo el argumento de la sociedad Haggen Audit Ltda., de considerar que los criterios de evaluación son apreciaciones subjetivas de la Supervisora, dado que la Supervisora arribó a la conclusión del

³⁶ Manual de Contratación y Supervisión adoptado mediante Resolución N° 1453 del 30 de junio de 2014

³⁷ Ver folio 234 del Cuaderno I

incumplimiento parcial del Contrato 103 de 2015 basada en la entrega tardía de los productos contratados.

Así pues, del Informe Final de Supervisión se puede evidenciar el cumplimiento parcial o incumplimiento de las siguientes obligaciones, así:

- Por un lado, respecto de las obligaciones generales relacionadas con los numerales 6 y 9 de la cláusula segunda del Contrato 103 de 2015 existió un cumplimiento parcial del 50%.

- Por otro lado, en lo atinente a las obligaciones específicas distinguidas con los numerales 1 al 7, 10, 18 y 20 de la cláusula segunda del Contrato 103 de 2015 fueron cumplidas de forma parcial con diferentes porcentajes asignados y las identificadas con los numerales del 11 al 14, 15 y 17 del mismo clausulado se evidenció un incumplimiento como tal.

De esta manera, al confrontar el contenido de cada una de las obligaciones antes reseñadas con lo fundado por la Supervisora se observa que arribó a dichas conclusiones por presentarse los hallazgos que a continuación se relacionan:

- De la obligación general N° 6 *“Ejecutar con plena autonomía técnica y administrativa el objeto contractual. Sin perjuicio de esta autonomía, atenderá las recomendaciones y lineamientos que durante el desarrollo del contrato se le impartan por parte del Supervisor”*: En el Informe Final de Supervisión que le asignó el 50% de cumplimiento siendo consecuente al análisis correspondiente a las obligaciones específicas que más adelante se efectuará su transcripción³⁸.

- De la obligación general N° 9 *“Reportar cualquier novedad o anomalías, que se presente dentro de la ejecución del contrato al encargado de la Supervisión del mismo”*: La Supervisora en el Informe Final de Supervisión le asignó el 50% porque la Empresa Haggen Ltda., no informó durante la ejecución del Contrato 103 de 2015 lo relacionado con la no entrega de la información por parte COLJUEGOS³⁹.

- De la obligación específica N° 1 *“Cumplir con las especificaciones técnicas determinadas en el Anexo Técnico N°1 Requerimientos Técnicos Mínimos”*: Luego de hacer un recuento de los Informes Preliminares, así como de las observaciones realizadas *grosso modo* concluyó que el instrumento técnico entregado no cumple

³⁸ Ver folio 43 del Cuaderno 1

³⁹ Ver folio 43 a 44 del Cuaderno 1

los requisitos del Anexo Técnico por cuanto de los hallazgos encontrados en el incumplimiento de COLJUEGOS no se logra determinar si la distribución de los recursos para salud de las entidades territoriales se ajustan a la respectiva normativa⁴⁰. Respecto a esta obligación asignó un 20% de ejecución de la obligación porque aun cuando se culminó con la ejecución la Administración no cuenta con el Informe Preliminar.

- De la obligación específica N° 2 *“Desarrollar el Plan de trabajo, cronograma de las visitas a realizar a las entidades objeto de auditoria en forma conjunta con el supervisor y la distribución de los equipos de trabajo”*: La Supervisora informó que el contratista presentó plan de trabajo y el cronograma de visitas pero que no se cumplieron las actividades consecuentes motivo por el cual le asignó el 50%.⁴¹

- De la obligación específica N° 3 *“Entregar dentro del término establecido en el numeral 4.3.2 del Pliego de condiciones las hojas de vida de los profesionales que no fueron objeto de verificación”*: En el Informe Final de Supervisión expuso que las hojas del vida debían ser entregadas el 4 de agosto de 2015, pero que su entrega se realizó el 10 de agosto de ese año, razón por la cual asignó el 80%.⁴²

- De la obligación específica N° 4 *“Recopilar y analizar, previamente a la realización de la visita y cuando exista en la Superintendencia Nacional de Salud, la información, así como los documentos relevantes de las visitas efectuadas en vigencias anteriores”*: La Supervisora enfatizó que el contratista no analizó con el cuidado y profundidad debida la información suministrada, lo que repercutió en la escasa calidad del producto entregado, a lo que asignó el 40% de ejecución de la responsabilidad⁴³.

- De la obligación específica N° 5 *“Ejecutar el contrato con el equipo de trabajo propuesto para desarrollar la auditoría”*: La Supervisión constató que el contratista adelantó los procesos de auditoría ajeno al presentado por la propuesta y no aprobado por la Superintendencia Nacional de Salud, cuya calificación otorgada fue 52%.⁴⁴

- De la obligación específica N° 6 *“Realizar auditorías a los vigilados, con el fin de establecer el cumplimiento de sus obligaciones frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*: La Supervisión enfatizó que si bien la contratista realizó la visita

⁴⁰ Folios 45 a 89 del Cuaderno 1

⁴¹ Folio 89 del Cuaderno 1

⁴² Folio 90 del Cuaderno 1

⁴³ Folios 90 a 91 del Cuaderno 1

⁴⁴ Folio 92 del Cuaderno 1

a COLJUEGOS entre los días 28 de agosto y 4 de septiembre de 2015, afirmó que la calidad de la obligación es la misma de la enumerada con la 1ª por lo tanto asignó el 40% de cumplimiento⁴⁵.

- De la obligación específica N° 7 *“Ejecutar las visitas y elaborar los respectivos informes, de conformidad con el plan de trabajo definido y lo dispuesto en las normas y procedimientos definidos por la Superintendencia Nacional de Salud”*: La Supervisora enfatizó que los informes preliminares no fueron entregados en las fechas pactadas y que la calidad fue analizada en la obligación N° 1 por lo cual le asignó un porcentaje de 28%⁴⁶.

- De la obligación específica N° 10 *“Presentar el Informe Preliminar de cada una de las visitas, con los soportes, de acuerdo con el plan de trabajo definido y lo dispuesto en las normas y procedimientos establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud y de acuerdo a las especificaciones técnicas”*: En similares términos analizó conforme a la obligación N° 1 y le asignó un 20%⁴⁷.

- De la obligación específica N° 11 *“Realizar los ajustes a los informes preliminares y final, a que haya lugar, en los términos establecidos en las especificaciones técnicas”*: La Supervisora hizo énfasis en que las observaciones y precisiones respectivas no fueron acatadas ni subsanadas por el contratista de forma diligente y oportuna, motivos por los cuales le asignó 0%⁴⁸.

- De la obligación específica N° 12 *“Presentar el informe final con los ajustes, los soportes, de acuerdo con el plan de trabajo definido y lo dispuesto en las normas y procedimientos establecidos por la Superintendencia Nacional de Salud y de acuerdo a las especificaciones técnicas”*: La Supervisora le asignó el 0%⁴⁹ porque la obligación no fue cumplida.

- De la obligación específica N° 13 *“Entregar el mapa de riesgos de las entidades auditadas y la base de datos con la información soporte de la visita de acuerdo con la guía suministrada por la SNS y las especificaciones técnicas establecidas en el anexo”*: La Supervisora le asignó el 0%⁵⁰ porque la obligación no fue cumplida.

⁴⁵ Folio 92 del Cuaderno 1

⁴⁶ Folio 92 del Cuaderno 1

⁴⁷ Folio 93 del Cuaderno 1

⁴⁸ Folio 94 del Cuaderno 1

⁴⁹ Folio 94 del Cuaderno 1

⁵⁰ Folio 94 del Cuaderno 1

- De la obligación específica N° 15 *“Rendir un informe ejecutivo, en los términos establecidos en las especificaciones técnicas, el cual deberá entregarse en medio físico y magnético”*: La Supervisora le asignó el 0%⁵¹ porque la obligación no fue cumplida.

- De la obligación específica N° 17 *“Entregar las fichas diligenciadas por cada uno de los vigilados, de los Traslados para Investigaciones Administrativas, de acuerdo a las indicaciones dadas por esta SNS, con los respectivos soportes probatorios”*: La Supervisora le asignó el 0%⁵² porque la obligación no fue cumplida.

- De la obligación específica N° 18 *“Garantizar que los integrantes del equipo de trabajo correspondan al personal propuesto, sin perjuicio que el mismo pueda ser modificado a solicitud del contratista, siempre que cumpla con el mismo perfil exigido y ofrecido en su propuesta, previa aprobación del supervisor del contrato, y en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados”*: La Supervisora indicó que la empresa incluyó en el equipo auditor cuatro (4) auditores adicionales sin la autorización de la Superintendencia Nacional de Salud por lo que le asignó el 52%⁵³.

- De la obligación específica N° 20 *“Entrega de los siguientes productos”*: La Supervisora asignó un 18.2%.

a).- *Cronograma de visitas y el plan de trabajo*: Fue entregado y aprobado.

b).- *Informe Preliminar de visita del auditado y por componente con los correspondientes documentos de soporte y memorias de las auditorías*: No fue aprobado por la Supervisión por no cumplir con las condiciones y calidades técnicas requeridas en el pliego de condiciones y en el contrato.

c).- *Informe Final de visita por componente para la entidad visitada que contenga un análisis de la respuesta de los vigilados, a los hallazgos consignados en los informes preliminares*: El documento no fue entregado por el contratista auditor.

d).- *Informes mensuales de avance de la gestión*: Sí fueron entregados por la Empresa.

⁵¹ Folio 95 del Cuaderno I

⁵² Folio 95 del Cuaderno I

⁵³ Folio 95 del Cuaderno I

e).- *Mapa de riesgos de las entidades auditadas, de conformidad con lo establecido en las especificaciones técnicas del anexo técnico:* El documento no fue entregado por el contratista auditor.

f).- *Bases de datos con la información soporte de cada una de las visitas y la base de datos consolidada de todas las visitas como parte integral del informe consolidado de la auditoría:* El documento no fue entregado por el contratista auditor.

g).- *Informe Ejecutivo, de conformidad con lo establecido en las especificaciones técnicas del anexo técnico:* El documento no fue entregado por el contratista auditor.

h).- *Informe Final de acuerdo con los requerimientos técnicos establecidos en el anexo técnico:* El documento no fue entregado por el contratista auditor.

i).- *Papeles de trabajo de cada visita de auditoría, organizados de acuerdo a las instrucciones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud y la normatividad archivística vigente, del Archivo General de la Nación:* Los documentos no fueron entregados por el contratista auditor.

j).- *Entrega de las fichas diligenciadas por cada uno de los vigilados, de los traslados para investigaciones administrativas, de acuerdo a las indicaciones dadas por esta SNS:* Los documentos no fueron entregados por el contratista auditor.

k) *Acta de Reunión de la Socialización y sustentación de los productos encontrados (Conclusiones, recomendaciones, Mapa de Riesgos):* Los documentos no fueron entregados por el contratista auditor.

En razón de la considerable extensión de la información sobre la serie de incumplimientos por parte del contratista resulta relevante acudir al contenido del párrafo 1° del artículo 84 del Estatuto Anticorrupción, que prescribe lo siguiente:

“(...) **PARÁGRAFO 1o.** El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento. (...)”

De acuerdo con lo señalado hasta este punto se puede concluir que la Supervisión del Contrato 103 de 2015 realizó un proceso serio de control que buscaba verificar que cada una de las obligaciones a cargo de la Empresa Haggen Audit Ltda., se cumpliera en los términos que se pactaron en la cláusula segunda del mismo.

Por lo tanto, el efecto de la referida disposición es precisamente evitar que el Supervisor certifique como recibido a satisfacción los productos contratados cuando en realidad el objeto del Contrato 103 de 2015 no fue ejecutado a cabalidad.

Por estas razones no es factible predicar una falsa motivación de la Resolución 000855 del 22 de marzo de 2016 habida cuenta que la evaluación de cumplimiento parcial del contrato se ajustó a los parámetros del Manual de Contratación y Supervisión adoptado mediante Resolución N° 1453 del 30 de junio de 2014.

iii) De la falsa motivación por indebida valoración al negar fuerza probatoria a los dictámenes periciales de la Empresa Haggen Audit Ltda.

En lo atinente a la supuesta negación de fuerza probatoria a los dictámenes periciales presentados por la empresa Haggen Audit Ltda., en la Resolución N° 000855 del 22 de marzo de 2016, tampoco hay lugar a la prosperidad del cargo de falsa motivación pues la Superintendencia Nacional de Salud acertó en advertir que las experticias no cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, razón por la cual no fueron tenidos en cuenta, dado que no fueron aportados los documentos que acreditaran la idoneidad y experiencia de los peritos, como tampoco se explicó cuáles fueron los exámenes y análisis realizados para concluir lo dictaminado, ni se explicaron los métodos, los experimentos e investigaciones efectuadas y si los mismos marcan diferencia con respecto a los empleados en otros procesos o son los que regularmente emplea el perito en el ejercicio de la profesión, ni tampoco se explicó el discernimiento frente a lo dicho por la entidad.

4.2.4. De la falsa motivación de la liquidación unilateral efectuada mediante Resolución N° 002510 del 24 de agosto de 2016

i) De la falsa motivación por indebida liquidación de los valores no ejecutados del Contrato que arrojo como saldo a favor de la Administración y e improcedencia de la imposición de la cláusula penal

La Resolución 002510 del 24 de agosto de 2016 se fundó en el siguiente balance financiero.

Veamos:

BALANCE FINANCIERO CONTRATO N° 103 de 2015	
Concepto	Valores
Valor Inicial del Contrato	\$ 142.629.855,00
Valor Adiciones	\$ 0,00
Valor Disminuciones	\$ 0,00
Valor Total del Contrato	\$ 142.629.855,00
Valor pagado a la fecha de la Resolución N° 002510 de 2016	\$ 0,00
Valor Ejecutado por el Contratista	\$ 83.619.546,67
Valor Total Ejecutado	\$ 83.619.546,67
Cláusula Penal (Valor a Compensar)	-\$ 35.657.463,00
Valor a pagar al Contratista	\$ 47.962.083,67
Valor a Liberar	\$ 59.010.308,33

Considerando que en el proceso se acreditó el incumplimiento del objeto del contrato ello conllevó a su liquidación unilateral, que contiene la cláusula penal que hizo efectiva la administración, pues la Empresa Haggen Audit Ltda., de forma sucesiva no acató las recomendaciones y observaciones de la Supervisora en lo atinente a la calidad y oportunidad de los productos contratados. Por lo tanto, este argumento tampoco prospera.

En suma, el Juzgado arriba a la conclusión de que ninguno de los planteamientos de la parte actora es de recibo, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

6.- Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prescribe que "la sentencia dispondrá sobre la condena en costas". En este caso el Despacho considera procedente condenar en costas a la parte vencida, dado que se acreditó su incumplimiento frente a las obligaciones derivadas del Contrato 103 de 2015, lo que se quiso soslayar primordialmente

con base en la falta de idoneidad de la persona encargada de supervisar el contrato, trabajo que por su rigor y seriedad evidenció los compromisos desatendidos por el contratista.

Así, con fundamento en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho", expedido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, condenará en costas a dicha entidad, por lo que se fijará como agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo Oral – Sección Tercera del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES** promovida por la empresa **HAGGEN AUDIT LTDA** contra la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Líquidense.

TERCERO: Por Secretaría líquidense los gastos procesales causados, devuélvase el monto remanente por gastos procesales a la parte actora si los hubiere. Una vez cumplido lo anterior **ARCHÍVESE** el expediente, dejando las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ASDRÚBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Bogotá D.C.

DMAP