

CGR – OJ - 029 de 2018  
80112 -

2018IE0018217



Bogotá D.C.,

Doctor:  
JOSÉ JAIME VEGA VENCE  
Gerente Departamental de La Guajira  
Contraloría General de la República  
Cra. 15 No.14B-49, Riohacha La Guajira  
Riohacha - La Guajira

Referencia: Respuesta al radicado 2018IE0004226  
Tema: Control fiscal.- Condiciones de existencia de detrimento patrimonial en contratación de los servicios de salud para la población pobre no asegurada (PPNA).

Respetado doctor Vega:

Esta oficina recibió el oficio por el cual formula consulta<sup>1</sup> jurídica, la cual se procede a absolver en la siguiente forma:

1. Antecedentes.

Mediante su oficio, que hace alusión a las auditorías que se adelantan a los recursos destinados por el Departamento de La Guajira para la contratación de la prestación de los servicios de salud de la población pobre no asegurada (PPNA), plantea los siguientes interrogantes:

- “
1. En el caso de los contratos de baja complejidad en los cuales se pacta como mecanismo de pago, el pago por capitación, la atención y pago con cargo a recursos del Sistema General de Participaciones – Salud Oferta de servicios prestados a pacientes que una vez verificado el derecho se determina que estaban afiliados y activos en el Sistema de Seguridad Social en salud Régimen Contributivo, Subsidiado (sic) generan detrimento patrimonial?

<sup>1</sup> República de Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”



2. En los contratos capitados resulta procedente la realización de Glosas por no cumplimiento de indicadores? En el caso que no se pacte, se presenten incumplimiento de indicadores y no se efectúen glosas se constituye este valor como detrimento patrimonial?
3. Para efectuar el pago de los contratos capitados suscritos por el Departamento, debe realizarse previamente auditoria de las cuentas presentadas por los prestadores del servicio?
4. Que situaciones concretas generarían detrimento patrimonial en los contratos suscritos por la entidad territorial para la prestación de los servicios de salud de la Población Pobre no Asegurada? ”

## 2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

La competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la Contraloría General de la República, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *“sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”*<sup>2</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales *“respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”*<sup>3</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de *“las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”*<sup>4</sup>.

En este orden, mediante su expedición se busca *“orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”*<sup>5</sup> y *“asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”*<sup>6</sup>.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16<sup>7</sup> del Decreto Ley 267 de 2000, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Una vez valorado el asunto puesto a consideración, es procedente indicar que de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los

<sup>2</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>3</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>4</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>5</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>6</sup> República de Colombia, Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>7</sup> República de Colombia, Decreto Ley 267 de 2000, artículo 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>8</sup>, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

### 3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Respecto a las multiafiliaciones en salud y la posible generación de un daño patrimonial de alcance fiscal, esta Oficina se pronunció a través del concepto n.º 20141E0080731 de fecha 26 de junio de 2014, nutrido del análisis conceptual efectuado por el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz en concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014, los cuales se invita a consultar en los aplicativos SIGEDOC y de Normatividad y Relatoría de la CGR, ya que de forma extensa ponen en contexto cómo la multiafiliación es un fenómeno de origen multicasual, toda vez que puede originarse por conductas de los afiliados, de sus empleadores, de las EPS, así como por la desactualización o inconsistencias de las bases de datos<sup>9</sup>, señalando además que no siempre los gestores fiscales están involucrados directamente en los procesos de administración de las bases de datos que deben consultarse y/o actualizarse, por lo que en cada caso debe analizarse de forma precisa la conducta desarrollada por los gestores fiscales<sup>10</sup>.

Igualmente, se acotó que en sede de tutela la Corte Constitucional<sup>11</sup> observó que si bien existen normas de orientación para mantener solo una afiliación en el Sistema

<sup>8</sup>República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

<sup>9</sup> En Concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz se ejemplificó como un posible error de las bases de datos que no puede ser solucionado con la supresión automática y unilateral de todo el grupo familiar, requiriendo desplegar un procedimiento previo: "... la muerte del cotizante, lógicamente debe llevar a dar de baja su permanencia en el sistema en condición de afiliado, pero no así, bajo ciertas circunstancias, la, de sus beneficiarios."

<sup>10</sup>"De este modo la mera transferencia de recursos entre entidades públicas derivadas de la corrección de estas situaciones, no constituye en nuestro criterio daño patrimonial al Estado.

Refuerza lo anterior el hecho de que la responsabilidad fiscal no es objetiva ni automática, sino que supone establecer la incidencia de la gestión fiscal en la producción del daño y los elementos de dolo y culpabilidad que no se desprenden de la simple constatación de dobles afiliaciones o rezagos en las bases de datos.

Ahora bien, **podría resultar factible en el caso de que las circunstancias concretas lo ameriten, el efectuar reparos a la gestión fiscal de la entidad, lo que podría suceder en el evento en que la problemática tenga un nivel de incidencia o relevancia que sobrepase los niveles usuales o tolerables en este tipo de entidades y las fallas no se circunscriban en su origen a segmentos técnicos y operativos propiamente dichos, sino que comprometan la órbita de acción de los gestores fiscales, los que por falta de planeación o controles de seguimiento o mala administración hayan contribuido a generar, exacerbar, tolerar o perpetuar en el tiempo dichas anomalías.**

Si este fuera el caso, el daño podría establecerse como parte del control de eficiencia y su materialización no estaría dada por la transferencia como tal de los recursos entre entidades del Estado, sino por la cuantificación en términos económicos del desgaste y costo institucional de los procesos derivados de este tipo de ineficiencias" (negrilla fuera de texto). Tomado del Concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz citado en el concepto n.º 20141E0080731 de fecha 26 de junio de 2014 de la Oficina Jurídica.

<sup>11</sup> Sentencia T-380 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

General de Seguridad Social en Salud, las mismas no pueden ser aplicadas sin tener en cuenta la participación del afiliado, esto es que las EPS en los casos que hay afiliación múltiple no están autorizadas para cancelar el contrato automática y unilateralmente, lo cual reitera el análisis en el sentido *“que la depuración de las bases de datos, más allá de errores evidentes en los registros, no es un proceso automático, ni lineal, ni absolutamente claro en sus contornos”*<sup>12</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta al análisis del posible daño generado por el fenómeno de la multifiliación, dada la claridad que ofrece para analizar el tema, se encuentra útil transcribir de forma completa el aparte correspondiente del concepto pluricitado:

*“La existencia del daño patrimonial a los bienes del Estado requiere que la lesión se origine en el menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida o deterioro de bienes o recursos públicos, y para **“el caso de las multifiliaciones el daño, de producirse, pareciera afectar a otra entidad del Estado respecto de la cual, el servidor público no tiene relación laboral o reglamentaria, siendo dudoso que frente a la tercera entidad posea una responsabilidad fiscal, al menos de carácter inmediato o directo, al estar encomendada su gestión fiscal a sus respectivos funcionarios. Con el objeto de no circunscribir la responsabilidad fiscal del funcionario a los daños derivados frente a la entidad propia, habría que acudir a construcciones argumentativas ulteriores como el principio de unidad del Estado, la definición del daño fiscal como daño al patrimonio del Estado, la solidaridad prevista en la materia, de modo que se defienda una responsabilidad universal de protección del patrimonio público en cabeza del responsable fiscal que no se limite a los intereses de su propia entidad, tesis que si bien puede contar con un alto grado de plausibilidad, no necesariamente estaría llamada a ser pacífica o libre de réplicas o riesgos interpretativos, sobre todo en el momento de formular la correspondiente imputación e identificar su específico soporte probatorio.”***

(...)

*“Así las cosas, desde la perspectiva de la EPS que en forma temporal, como consecuencia de la situación de multifiliación o del rezago en las bases de datos cuenta con mayores recursos, en principio no se percibe la existencia de un daño patrimonial propiamente dicho entendido como un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, pues durante el término que mantiene dichos recursos los mismos representan un mayor valor en lugar que una pérdida y cuando producto de la depuración de los registros debe devolverlos, simplemente está reconociendo una realidad, no pudiéndose asumir como un gasto o una merma en sentido propio de su patrimonio, pese a que se deba efectuar una reclasificación de tipo contable.*

*Desde la perspectiva de la entidad que por estas causas sitúa más recursos de los debidos, se podría pensar que durante el término que dichos recursos han permanecido en la órbita patrimonial de la otra entidad, teóricamente se ha incurrido en un sobre costo o en un pago de lo no debido, pero tal daño no se*

---

<sup>12</sup> Concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*materializa en forma definitiva si como producto de la depuración de la información tales recursos le son devueltos.”<sup>13</sup>*

En el mismo sentido, se abordó el tema de la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales, donde se pone de presente que en el trámite normal, producto de la depuración de la información se suelen realizar las devoluciones de los recursos correspondientes, lo que debe tenerse en cuenta para analizar la existencia del daño y la graduación de la responsabilidad de los antiguos y actuales gestores fiscales, en caso de retención de los recursos por las EPS.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, en dicha oportunidad, la Oficina Jurídica concluyó que: *“Las inconsistencias que se presenten en las bases de datos para constatar eventos de multiafiliaciones, deben verificarse de manera detallada, pues, existen inconsistencias conaturales a ellas, no necesariamente la desafiliación será el procedimiento a seguirse, cuando se encuentran de por medio los derechos de los usuarios. Los servidores públicos deben prestar diligencia y cuidado para verificar las circunstancias de cada registro, y observar el procedimiento establecido para ello.”*

#### 4. Consideraciones Jurídicas.

Según ha quedado expuesto, en criterio de esta Oficina, las inconsistencias que se presenten en las bases de datos para constatar eventos de multiafiliaciones, deben verificarse de manera detallada, atendiendo además que en el trámite normal, producto de la depuración de la información se suelen realizar las devoluciones de los recursos correspondientes, situaciones que en cada caso corresponde analizar al operador jurídico previo a establecer la existencia del daño patrimonial y analizar la gestión fiscal.

Si bien es cierto que en términos generales el concepto 20141E0080731 de fecha 26 de junio de 2014 se encuentra vigente, se abordarán algunos elementos de actualización normativa que refuerzan los planteamientos elaborados en tal concepto y otros que permiten responder cuestionamientos adicionales que formula la solicitud que aquí se resuelve.

**4.1.-** Respecto a su primera pregunta, sobre la multiafiliación y su incidencia en la generación de un daño patrimonial, se tiene que:

El Decreto 0780 de 2016 *“Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”*, en su artículo 2.1.3.2. (concordado con el artículo 17 del Decreto 2353 de 2015), establece la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo para aquellas personas que cumplan los requisitos

---

<sup>13</sup> Concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz citado en el concepto n.º 20141E0080731 de fecha 26 de junio de 2014 de la Oficina Jurídica.

para pertenecer a uno de los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 157 de la Ley 100 de 1993 “... en el Sistema General de Seguridad Social en Salud existen dos tipos de participantes: los afiliados, ya sea al Régimen Contributivo o al Subsidiado y la población pobre no asegurada (anteriormente llamada Vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud), la cual está definida en el artículo 2 del Decreto 2878 de 2007 del Ministerio de la Protección Social como: “aquella población urbana y rural de cada distrito, municipio o corregimiento departamental, identificada como pobre por el Sistema de Identificación de Beneficiarios que define el Conpes, no afiliada al régimen contributivo, a un régimen excepcional o al régimen subsidiado.”<sup>14</sup>

Por su parte el artículo 2.1.3.14. del Decreto 0780 de 2016 (artículo 29 del Decreto 2353 de 2015), regula lo concerniente al fenómeno de la multifiliación de la siguiente manera:

“AFILIACIONES MÚLTIPLES. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado ni estar inscrita en más de una EPS o EOC ni ostentar simultáneamente las calidades de cotizante y beneficiario, cotizante y afiliado adicional o beneficiario y afiliado adicional, afiliado al régimen subsidiado y cotizante, afiliado al régimen subsidiado y beneficiario o afiliado al régimen subsidiado y afiliado adicional. Tampoco podrá estar afiliado simultáneamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a un régimen exceptuado o especial.

El Sistema de Afiliación Transaccional establecerá los mecanismos para controlar la afiliación o registro múltiple con la información de referencia que disponga.

PARÁGRAFO. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, cuando el afiliado se traslade de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos para ello y se llegare a producir afiliación múltiple, se tendrá como válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales. Cuando la afiliación múltiple obedezca a un error no imputable al afiliado que solicitó su traslado dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.

**Cuando el Ministerio de Salud y Protección Social o el administrador de la base de datos de afiliados vigente evidencie la afiliación múltiple derivada de inconsistencias o duplicidad en los datos o documentos de identificación del afiliado, adelantará los procesos de verificación y cancelación de la afiliación múltiple, lo comunicará a las EPS involucradas y solicitará el reintegro de las unidades de pago por capitación reconocidas sin justa causa.** En caso de que

---

<sup>14</sup> Superintendencia Nacional de Salud, Concepto 2-2012-013619 de marzo 05 de 2012. Referencia: Competencia en el pago de las ayudas diagnósticas de II y III nivel de complejidad, ordenadas por el médico general a pacientes vinculados, durante la atención inicial de urgencias.

las EPS no realicen el reintegro, en los términos y plazos definidos por la normativa vigente, corresponderá a la Superintendencia Nacional de Salud ordenar el reintegro inmediato de los recursos y adelantar las acciones que considere pertinentes." (Negrilla y subraya fuera de texto).

De la norma transcrita, se concluye que la actual regulación mantiene la prohibición de multifiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de forma explícita señala que una vez se evidencie la afiliación múltiple derivada de inconsistencias o duplicidad en los datos o documentos de identificación del afiliado, se adelantarán los procesos de verificación y cancelación de la afiliación múltiple, se comunicará a las EPS involucradas y se solicitará el reintegro de las unidades de pago por capitación reconocidas sin justa causa, y para garantizar dicho reintegro faculta la implementación de las acciones coercitivas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. En este sentido se mantienen vigentes los planteamientos generales formulados en el concepto 20141E0080731 respecto del daño y la responsabilidad fiscal en los casos de multifiliación.

**4.2.-** En relación a las segundas y terceras preguntas referidas al pacto de indicadores de cumplimiento y sus glosas en los contratos de servicios de salud capitados, así como a la exigencia de una auditoría previa a efectuar el pago de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios en dichos contratos, se tiene que:

Dentro de los mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud el numeral 1º del artículo 2.5.3.4.4. del Decreto 0780 de 2016 (*artículo 4º del Decreto 4747 de 2007*), dispone como uno de los principales mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud "**1. Pago por capitación. Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.**" (Negrilla y subraya fuera de texto).

Reforzando el rango legal del pago anticipado en la compra de servicios de salud por capitación, el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 establece:

"FLUJO Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

(...)

d) Las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, **pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación.** Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los

cinco días posteriores a su presentación. En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago. **El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación**, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura”

Lo anterior no es óbice para que se surtan las devoluciones correspondientes entre otros eventos por efecto de multifiliaciones tal como señala el artículo 2.1.3.14. del Decreto 0780 de 2016 ya citado, ni para que se adelante el obligatorio programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas<sup>15</sup>, los mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades, por parte de los compradores de servicios de salud, dentro de las cuales podrán proferir las glosas que correspondan de acuerdo a la ley y reglamentación que expida el Ministerio de Salud<sup>16</sup>.

Para este análisis, téngase en cuenta que el servicio público de salud tiene el carácter de esencial<sup>17</sup> en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en este sentido cuenta con regulación de aplicación en toda la República cuyas disposiciones son de orden público e interés social.

En este sentido, sobre el cumplimiento de indicadores y su inclusión en los contratos de compra de servicios por capitación, se tiene un marco normativo preciso aplicable a este tipo de cláusulas:

- En primer lugar obsérvese que la Ley 80 de 1993 define los servicios públicos como: *“Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”*<sup>18</sup>.
- En el mismo sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 3º dispone:

---

<sup>15</sup> Decreto 0780 de 2016, artículo 2.5.3.4.10. (artículo 21 del Decreto 4747 de 2007). **“SOPORTES DE LAS FACTURAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.** *Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de Salud y Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social.”*

<sup>16</sup> Decreto 0780 de 2016, artículo 2.5.3.4.12. (artículo 22 del Decreto 4747 de 2007). **“MANUAL ÚNICO DE GLOSAS, DEVOLUCIONES Y RESPUESTAS.** *El Ministerio de Salud y Protección Social expedirá el Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, en el que se establecerán la denominación, codificación de las causas de glosa y de devolución de facturas, la cual es de obligatoria adopción por todas las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

<sup>17</sup> Artículo 4º de la Ley 100 de 1993.

<sup>18</sup> Numeral 3º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993.

**“DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.**

**Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”(Negrilla fuera de texto).**

- Así mismo, la Ley 80 de 1993<sup>19</sup> establece en cabeza de las entidades estatales deberes y derechos para la consecución de los fines de la contratación, entre ellos se destacan:

- 1.) Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.
- 2.) **Adelantar las revisiones periódicas de los servicios prestados o bienes suministrados, por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, así como, promover las acciones de responsabilidad cuando dichas condiciones no se cumplan.**
- 3.) **Exigir que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.**

- Y a su turno la Ley 80 de 1993<sup>20</sup> establece en cabeza de los contratistas deberes y derechos para la consecución de los fines de la contratación, entre ellos se destacan:

- 1.) **Colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad.**
- 2.) **Garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados y responder por ello.**

---

<sup>19</sup> Numerales 1º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

<sup>20</sup> Numerales 2º y 4º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.



- Finalmente, de acuerdo a la naturaleza de la entidad contratista<sup>21</sup>, es posible la aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación y modificación unilaterales en los términos dispuestos en los artículos 14, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993<sup>22</sup>, donde puede establecerse que las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente tratándose de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, en los cuales para evitar la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, es posible aplicar la modificación unilateral cuando fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, mediante acto administrativo debidamente motivado, pudiendo adicionar servicios, e inclusive pudiendo aplicar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

Para los contratos de compra de servicios de salud con pago por capitación, aplican además las normas expresas del Decreto 0780 de 2016, artículos 2.5.3.4.5., 2.5.3.4.6. y 2.5.3.4.7., respecto de la obligatoria inclusión de indicadores de calidad, y auditorías a adelantar, en ellos se encuentra lo siguiente:

**“2.5.3.4.5. REQUISITOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA LA NEGOCIACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE LOS ACUERDOS DE VOLUNTADES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.** Son requisitos, mínimos para la negociación y suscripción de acuerdos de voluntades para la prestación de servicios los siguientes:

1. Por parte de los prestadores de servicios de salud:  
(...)  
c) Modelo de prestación de servicios definido por el prestador;  
d) **Indicadores de calidad en la prestación de servicios, definidos en el Sistema de Información para la Calidad del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud.**

---

<sup>21</sup> En sentencia del 24 de enero de 2011, Radicación:520012331000199608183 01 (15.940), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección C, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, respecto a la inaplicación de cláusulas excepcionales en contratos interadministrativos, señaló:

*“ Varias razones conducen a esta conclusión, es decir, que el CEP no podía ejercer este poder exorbitante, y que por tanto los actos administrativos demandados son nulos:*

*En primer lugar, que por el sólo hecho de tratarse de un convenio interadministrativo no era posible utilizar ningún poder exorbitante –incluida la terminación unilateral-, porque el parágrafo del art. 14 de la ley 80 es claro al prohibirlo, dispone que: “... En los contratos... interadministrativos... se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.” Por esta razón, que es suficiente para revocar la sentencia, resulta obvio que una entidad estatal no puede ejercer sobre otra una potestad de esta naturaleza, entre otras cosas, porque ¿con qué argumento impediría aquella que expidió el acto administrativo que la otra entidad, a su vez, ejerza el mismo poder u otro de la ley 80 de 1993?, ¿qué tal que el poder que ejerza una entidad sobre la otra sea la declaración de caducidad, que trae aparejada una inhabilidad para contratar? ¿Significará que la afectada no podrá contratar durante cinco años?*

*La respuesta a preguntas como estas ofrece las razones necesarias para entender por qué la ley proscribió estas cláusulas o poderes de los convenios entre entidades estatales, prohibición que en el caso concreto violó el CEP de Nariño.” (negrilla fuera de texto).*

<sup>22</sup> Números 1º, 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

2. Por parte de las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo:

a) Información general de la población objeto del acuerdo de voluntades con los datos sobre su ubicación geográfica y perfil demográfico;

b) Modelo de atención definido por la entidad responsable del pago;

(...)

e) **Indicadores de calidad en los servicios de aseguramiento definidos en el Sistema de Información para la Calidad del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud;**

f) Diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia que involucre las normas operacionales, sistemas de información y recursos logísticos, requeridos para la operación de la red.

(...)

**PARÁGRAFO 3o. De los requisitos mínimos establecidos en el presente artículo, tanto los prestadores de servicios de salud como las entidades responsables del pago de los servicios de salud, deberán conservar la evidencia correspondiente.**

*(Artículo 5o del Decreto 4747 de 2007)*

2.5.3.4.6. **CONDICIONES MÍNIMAS QUE DEBEN SER INCLUIDAS EN LOS ACUERDOS DE VOLUNTADES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. Independientemente del mecanismo de pago que se establezca en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios, estos deberán contener, como mínimo los siguientes aspectos:**

(...)

9. **Periodicidad y forma como se adelantará el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas.**

10. **Mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.**

(...)

**PARÁGRAFO 3o. La auditoría de la calidad de la atención de los servicios deberá desarrollarse de acuerdo con el Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad (Pamec), de cada uno de los actores, definido en los artículos 2.5.1.4.1 a 2.5.1.4.9 del presente decreto o la norma que los adicione, modifique o sustituya.**

*(Artículo 6o del Decreto 4747 de 2007)*

2.5.3.4.7. **CONDICIONES MÍNIMAS QUE SE DEBEN INCLUIR EN LOS ACUERDOS DE VOLUNTADES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MEDIANTE EL MECANISMO DE PAGO POR CAPITACIÓN. Los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios que celebren las entidades responsables del pago de servicios de salud con prestadores de servicios de salud establecidos en su red para la atención de la población a su cargo, mediante el mecanismo de pago por capitación, deberán contemplar, además de las condiciones mínimas establecidas en el artículo presente decreto anterior, las siguientes:**

1. Base de datos con la identificación de los usuarios cubiertos con el acuerdo de voluntades.
  2. Perfil epidemiológico de la población objeto del acuerdo de voluntades.
  3. Monto que debe ser pagado por el responsable del pago por cada persona con derecho a ser atendida, en un período determinado, en el marco de los servicios convenidos o pactados con el prestador de servicios.
  4. Identificación de las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación, de acuerdo con la codificación que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.
  5. **Metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención, que tengan en cuenta la normatividad vigente.**
  6. **Condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.**
  7. **Condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago...**
- (Artículo 7o del Decreto 4747 de 2007)<sup>23</sup> (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 2.5.1.4.2. del Decreto 0780 de 2016 (Artículo 33 del Decreto 1011 de 2006), desarrolla los NIVELES DE OPERACIÓN DE LA AUDITORÍA PARA EL MEJORAMIENTO DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD<sup>24</sup>, atendiendo que en cada una de las entidades obligadas a desarrollar procesos de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad de los Servicios de Salud, el modelo que se aplique operará en los niveles de: 1.- autocontrol; 2.- auditoría interna y 3.- auditoría externa. En esta última auditoría señala expresamente que: “3. **Auditoría Externa.** Es la evaluación sistemática llevada a cabo por un ente externo a la institución evaluada. Su propósito es verificar la realización de los procesos de auditoría interna y autocontrol, implementando el modelo de auditoría de segundo orden. **Las entidades que se comporten como compradores de servicios de salud deberán desarrollar obligatoriamente la auditoría en el nivel de auditoría externa.**” (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se concluye que:

- 1.) Es obligatoria la inclusión de indicadores de calidad en los servicios de aseguramiento definidos en el Sistema de Información para la Calidad del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud; tanto por parte de los prestadores de servicios de salud, como de las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, de los cuales deberán conservar la evidencia correspondiente.
- 2.) Dentro del contenido mínimo de los acuerdos se debe incluir el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas, los

<sup>23</sup> Circular Minsalud y Protección Social 20 de 2014.

<sup>24</sup> Resolución Minprotección Social 1043 de 2006.

mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.

3.) Adicionalmente, tratándose de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios, mediante el mecanismo de pago por capitación, deberán contemplarse: las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención, que tengan en cuenta la normatividad vigente, las condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago, las condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.

4.) Las entidades que se comporten como compradores de servicios de salud deberán desarrollar obligatoriamente la auditoría en el nivel de auditoría externa.

En consecuencia, para los contratos capitados resulta procedente la realización de glosas<sup>25</sup> por no cumplimiento de indicadores, máxime cuando el artículo 2.3.1.7. del Decreto 0780 de 2016 (Artículo 9º del Decreto 1020 de 2007), prevé en los contratos celebrados entre las EPS S y la ESE, la posibilidad de poder contratar con otra(s) IPS previa verificación del incumplimiento.

**4.3.-** Sobre la última pregunta, referente a las situaciones concretas que generarían detrimento patrimonial en los contratos de prestación de servicios para la población pobre no asegurada suscritos por la entidad territorial, se tiene que dado el alcance de la consulta, la respuesta dentro del ámbito de la responsabilidad fiscal es la descripción normativa que trae el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, que prescribe:

“6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES>  
Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o

---

<sup>25</sup> MANUAL ÚNICO DE GLOSAS, DEVOLUCIONES Y RESPUESTAS UNIFICACION, Resolución 3047 de 2008 modificada por la Resolución 416 de 2009. “Glosa: Es una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud.”

culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.”<sup>26</sup>

Ahora bien, para efectos del ejercicio auditor de la Contraloría General de la República, además de tener en cuenta las normas especiales que aplican a este tipo de contratos como son el Decreto 0780 de 2016, el Manual Único De Glosas, Devoluciones y Respuestas, puede considerar como documento de consulta el informe de análisis sectorial y de política pública – social “Efecto redistributivo del Sistema General de Participaciones Resultados y perspectivas en los sectores de Salud y Educación-2017, publicado por la Contraloría General de la República.”<sup>27</sup>

Dentro de los aspectos sobresalientes de dicho informe, en el comunicado de prensa de 73 del 24 de mayo de 2017, se identificaron:

“Riesgos de corrupción de recursos del SGP

Los recursos del SGP no son ajenos a los riesgos de corrupción que tienen todos los recursos públicos.

Uno de los principales riesgos, y que están aprovechando los corruptos, es que dentro de la estrategia de monitoreo, seguimiento y control del Gobierno a estos recursos, no necesariamente se está verificando si el servicio se está prestando, si el pobre se está realmente beneficiando, si el paciente recibió el tratamiento y si el estudiante existe y está asistiendo a clases, es decir los fines que persigue el SGP.

La Contraloría General ha enfocado su labor auditora en este punto, lo cual le ha permitido encontrar millonarios hallazgos fiscales, destapando distintas formas de fraude (carteles de los hemofílicos y enfermos mentales, y terapias médicas no realizadas, por ejemplo).

En salud, se han detectados riesgos en cuanto a:

- Beneficio a personas con capacidad de pago que están siendo subsidiadas en salud.
- Existencia de incentivos para la perpetuación en el tiempo de condiciones excepcionales en el sistema de salud: el pago de tecnologías no POS y la atención de personas pobres no afiliadas.
- La ausencia de registros consolidados a nivel nacional de personas pobres no afiliadas al sistema, atendidas con cargos a los registros del SGP.
- El costo promedio de atender una persona pobre por fuera del sistema fue tres veces superior a tenerlo afiliado al Régimen Subsidiado.
- De los afiliados del régimen subsidiado que recibieron servicios y tecnologías No POS, el 5% de los pacientes recibieron tratamientos con cargo al 65% de los recursos totales pagados por las Entidades territoriales.
- Uso de los recursos de salud pública para el pago de gastos de funcionamiento en salud de las Entidades Territoriales. Hasta el 59% del total de estos recursos

<sup>26</sup> Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>27</sup> Documento de la Contraloría General de la República, disponible para descarga en formato pdf en: <https://www.contraloria.gov.co/web/guest/resultados/informes/analisis-sectoriales-y-politicas-publicas/social>

van dirigidos a la entidad territorial y solamente el porcentaje restante -41%- a la población mediante intervenciones colectivas.”

## 5. Conclusiones:

Conforme lo expuesto, a sus inquietudes se responde que:

1.- La regulación vigente mantiene la prohibición de multifiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de forma explícita señala que una vez se evidencie la afiliación múltiple derivada de inconsistencias o duplicidad en los datos o documentos de identificación del afiliado, se adelantarán los procesos de verificación y cancelación de la afiliación múltiple, se comunicará a las EPS involucradas y se solicitará el reintegro de las unidades de pago por capitación reconocidas sin justa causa, y para garantizar dicho reintegro faculta la implementación de las acciones coercitivas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. En este sentido se mantienen vigentes los planteamientos generales formulados en el concepto 20141E0080731 respecto del daño y la responsabilidad fiscal en los casos de multifiliación.

2.- El artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y el numeral 1º del artículo 2.5.3.4.4. del Decreto 0780 de 2016 (*artículo 4º del Decreto 4747 de 2007*), caracterizan el pago por capitación como un pago anticipado.

Lo que no es óbice para que se surtan las devoluciones correspondientes entre otros eventos por efecto de multifiliaciones, tal como señala el artículo 2.1.3.14. del Decreto 0780 de 2016 ya citado, ni para que se adelante el obligatorio programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas, los mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades, por parte de los compradores de servicios de salud, dentro de las cuales podrán proferir las glosas que correspondan de acuerdo a la ley y reglamentación que expida el Ministerio de Salud.

3.- La inclusión de indicadores de calidad en los servicios de aseguramiento definidos en el Sistema de Información para la Calidad del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud; tanto por parte de los prestadores de servicios de salud, como de las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, de los cuales deberán conservar la evidencia correspondiente.

Dentro del contenido mínimo de los acuerdos se debe incluir el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas, los mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.

Adicionalmente, tratándose de los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios, mediante el mecanismo de pago por capitación, deberán contemplarse: las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad en la atención, que tengan en cuenta la normatividad vigente, las condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago, las condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.

Las entidades que se comporten como compradores de servicios de salud deberán desarrollar obligatoriamente la auditoría en el nivel de auditoría externa.

En consecuencia, para los contratos capitados resulta procedente la realización de glosas por no cumplimiento de indicadores, máxime cuando el artículo 2.3.1.7. del Decreto 0780 de 2016 (Artículo 9º del Decreto 1020 de 2007), prevé en los contratos celebrados entre las EPS S y la ESE, la posibilidad de poder contratar con otra(s) IPS previa verificación del incumplimiento.

4.- Las situaciones concretas que generan detrimento patrimonial de alcance fiscal en los contratos de prestación de servicios para la población pobre no asegurada suscritos por la entidad territorial, son las aquellas que tipifican dentro de la descripción normativa que trae el artículo 6º de la Ley 610 de 2000.

Siendo que para efectos del ejercicio auditor de la Contraloría General de la República, además de tener en cuenta las normas especiales que aplican a este tipo de contratos como son el Decreto 0780 de 2016, el Manual Único De Glosas, Devoluciones y Respuestas, puede considerar como documento de consulta el informe de análisis sectorial y de política pública – social “Efecto redistributivo del Sistema General de Participaciones Resultados y perspectivas en los sectores de Salud y Educación-2017, publicado por la Contraloría General de la República, en el cual se identifican prácticas que deben ser objeto de la vigilancia y el control fiscal.

Cordialmente,



**IVÁN DARIÓ GUAUQUE TORRES**  
Director Oficina Jurídica.

Proyectado por: Andrés Rolando Ramírez Guacaneme  
Revisado por: Pedro Pablo Padilla Castro

N.R. 2018IE0004226  
TDR 80112-033 Conceptos Jurídicos

Bogotá, Marzo 31 de 2014

Contraloría General de la República :: SGD 31-03-2014 16:20  
Al Contestar Cite Este No.: 2014ER0043872 Fol:20 Anex:0 FA:0  
ORIGEN EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ  
DESTINO 80112-OFICINA JURIDICA / LINA MARIA TAMAYO BERRIO  
ASUNTO CONSULTA SOBRE DAÑO FISCAL DERIVADO DE LAS DISTORSIONES EN LAS UNIDADES  
OBS

Doctora

**SANDRA MORELLI RICO**

Contralora General de la República

Doctora

**LINA MARÍA TAMAYO BERRÍO**

Directora Oficina Jurídica

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Ciudad

2014ER0043872



**Referencia:** Consulta sobre daño fiscal derivado de las distorsiones en las unidades de capitación debidas a multiafiliaciones y permanencia de difuntos en las bases de datos de una EPS.

Copia no controlada

Apreciada Doctora:

Se han formulado diversos interrogantes relacionados con la responsabilidad fiscal y posibles daños vinculados a la situación de las bases de datos de una EPS, en materia de multiafiliaciones y permanencia con el *estatus de activo* de difuntos, que presumiblemente se habría concretado en la recepción por parte de la entidad de mayores sumas a las que en realidad correspondería según el número de *capitas* efectivamente afiliadas.

El Decreto 806 de 1998 para el caso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, define las afiliaciones múltiples en los siguientes términos:

**Artículo 48. Afiliaciones múltiples.** *En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado, ni estar afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: Cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.*

Son múltiples las causas que pueden llevar a la existencia de afiliaciones múltiples. Por vía de simple ilustración cabe mencionar las siguientes:

1. Cuando una persona, como ocurre con alguna frecuencia, con motivo del cambio de trabajo, modifica o tramita su inscripción en una nueva EPS, sin que haya mediado información al sistema sobre las novedades, o éstas no se hayan procesado adecuadamente, o cuando dicho cambio se realiza sin cumplir con el período de permanencia prescrito en el régimen de movilidad.
2. Cuando una persona se encuentra afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y en el subsidiado, siendo frecuente en el caso de personas afiliadas al régimen subsidiado que, al emplearse formalmente, no se desvinculan del régimen subsidiado precedente pese a inscribirse en una EPS, atendiendo consideraciones como la falta de certeza acerca de la estabilidad de su empleo formal recién obtenido y el temor consiguiente a perder el cupo dentro del régimen subsidiado de verificarse la eventual pérdida del empleo.
3. La existencias de dos registros en una misma entidad, como beneficiario y cotizante o como beneficiario, como es el caso de los desplazados que tramitan una nueva inscripción en otro municipio, sin reportar o sin que se elimine la inscripción en el municipio de origen.

De otra parte, la muerte del cotizante, lógicamente debe llevar a dar de baja su permanencia en el sistema en condición de afiliado, pero no así, bajo ciertas circunstancias, la de sus beneficiarios, como se verá más adelante.

Frente a los defectos que en estas materias pueda presentar la base de datos de una EPS, que lleven a situarle, por parte del Estado, mayores recursos de los que en realidad le corresponden, se pregunta, en primer término, si se alcanza o no a prefigurar un daño fiscal susceptible de la correspondiente responsabilidad fiscal a cargo de los servidores públicos sujetos a este tipo de responsabilidad.

Para los anteriores efectos se trae a colación el cambio de doctrina ocurrido hace ya algunos años<sup>1</sup> y ratificado recientemente<sup>2</sup>, en cuya virtud la Contraloría General de la República ha acogido el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que consideró que el pago de intereses, multas o sanciones entre entidades del mismo Estado, puede constituir detrimento patrimonial, puesto que esas erogaciones no se traducen en simples transferencias de recursos dentro del mismo Estado, sino que constituyen gastos no previstos que afectan su patrimonio:

*Las normas constitucionales en cita, permiten afirmar que a partir de la Constitución de 1991, la vigilancia fiscal del manejo de los recursos o fondos públicos, no se limita al control numérico legal, sino que debe orientarse a la evaluación integral de la gestión y de los resultados obtenidos por quienes los tienen a su cargo, pues por mandato constitucional expreso, el control fiscal debe fundarse en los principios constitucionales de eficiencia, economía, equidad y defensa del medio ambiente. (...) Siendo la eficiencia uno de los principios orientadores de la función administrativa y de la función pública de control fiscal, es evidente que quienes desarrollan actividades de gestión fiscal deben actuar con diligencia en el manejo de los recursos públicos, con el fin de maximizar el uso de los mismos, generar ahorro, reducir costos, evitar que se generen sobre costos. De otra parte, es claro que las entidades y organismos deben responder por las obligaciones que legal o contractualmente adquieren, y si se causan pérdidas por la conducta dolosa o gravemente culposa de los gestores fiscales tendrán derecho al resarcimiento de lo pagado... (...) Así las cosas, encuentra la Sala que cuando una entidad u organismo público por causa de la negligencia,*

<sup>1</sup> Concepto 2008IE8857 que rectifica el Concepto 0070 de 2000.

<sup>2</sup> Concepto 2013IE0045112.

usualmente esgrimido para desconocer la existencia de un detrimento patrimonial al Estado bajo la consideración de que las transferencias de recursos entre entidades públicas hipotéticamente no conllevarían daño al Estado, pues tales recursos permanecerían dentro de la misma órbita estatal o circuito del Estado. En contra de esta opinión, el Consejo de Estado ha distinguido entre una "*mera transferencia de recursos*" entre entidades públicas que puede tener diversas causas legítimas, en donde los cambios de ubicación o de titularidad dentro del Estado de dichos recursos no configura daño alguno y los eventos en que dicha transferencia se deriva de situaciones que como el pago de intereses de mora o la cancelación de multas o sanciones, supone un gasto o erogación que si bien incrementan las arcas de otra entidad estatal, no constituye una suma que la entidad estuviera obligada a pagar si su actuación se hubiese enmarcado dentro las normas legales o las condiciones de diligencia y oportunidad correspondientes, lo que además de afectar el principio de eficiencia, puede en muchas circunstancias comprometer la conducta de los respectivos servidores públicos.

Las bases de datos en materia de la seguridad social, son realidades dinámicas que deben ser objeto de una cuidadosa y permanente gestión, no solo por razones económicas, sino además en atención a los importantes derechos fundamentales en juego:

*"...de la calidad de la información contenida en las bases, depende que los servicios a favor de los cotizantes y beneficiarios sean suministrados de forma oportuna y adecuada. Son comunes los casos en que, por inconsistencias sobre datos tales como fechas de afiliación, novedades de retiro de empleados, pago de cotizaciones, etc., se priva a los usuarios de la debida atención en salud o del suministro de otras prestaciones relacionadas con la seguridad social, como las pensiones, lo que, por lo general, involucra la amenaza de derechos fundamentales".<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-486 de 2003.

Ahora bien, como lo reconoce la sentencia acabada de citar y se colige fácilmente de las previsiones regulatorias, resulta común y se podría afirmar, inherente, a ciertas bases de datos, como las que ahora nos conciernen dado su carácter masivo, dinámico y más o menos complejo, diversos problemas que en mayor o menor grado afectan la veracidad, oportunidad y fiabilidad de la información en ellas contenidas. Si bien en algunos casos se pueden vincular tales defectos a una mala gestión y auditoría de la información lo que podría conllevar responsabilidades de carácter legal, no resulta razonable partir del presupuesto de que tales bases se encuentren siempre de manera total y automática, permanentemente actualizadas y libres de errores.

Precisamente las normas legales contemplan situaciones como la de la afiliación múltiple o la de la muerte de los afiliados y establecen criterios y procedimientos a seguir, frente a los cuales la jurisprudencia ha realizado algunas directrices que también resulta preciso observar. Claramente, este es un campo atinente a la organización y prestación del servicio público librado primordialmente a la ley, al reglamento y a la actuación administrativa

Respecto de la afiliación múltiple, el Decreto 806 de 1998 prescribe:

**Artículo 49. Reporte de afiliación múltiple.** *Cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las adaptadas, mediante cruces de información o por cualquier otro medio, establezcan que una persona se encuentra afiliada en más de una entidad, deberán cancelar una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado.*

**Artículo 50. Reglas para la cancelación de la afiliación múltiple.** *Para efectos de cancelar la afiliación múltiple, las Entidades Promotoras de Salud y las adaptadas aplicarán las siguientes reglas:*

*Cuando el afiliado cambie de Entidad Promotora de Salud antes de los términos previstos en el presente decreto, será válida la última afiliación*

*efectuada dentro de los términos legales. Las demás afiliaciones no serán válidas.*

*Cuando la doble afiliación obedezca a un error no imputable al afiliado, quien solicitó su traslado dentro de los términos legales, se tendrá como válida la afiliación a la Entidad Promotora de Salud a la cual se trasladó.*

*Cuando una persona se encuentre inscrita simultáneamente en el régimen contributivo y en el régimen subsidiado, se cancelará la inscripción al régimen subsidiado.*

**Artículo 53. Múltiple inscripción dentro de una misma EPS.** *Cuando a través de cruces internos de información, la Entidad Promotora de Salud determine que tiene inscrita una persona más de una vez, deberá dar aplicación a las siguientes reglas:*

*a) Si la persona se encuentra inscrita en calidad de cotizante más de una vez, será válida la primera inscripción;*

*b) Si la persona se encuentra inscrita como beneficiaria y cotizante en forma concurrente será válida la inscripción como cotizante;*

*c) Cuando un beneficiario esté en cabeza de dos cotizantes, será válida la primera inscripción;*

*d) Cuando un beneficiario esté en cabeza de dos cónyuges cotizantes, deberán tanto el beneficiario, como uno de los cónyuges, quedar inscritos en cabeza de aquel que primero se inscribió en la EPS. Si el primer cónyuge cotizante deja de ostentar tal calidad, tanto éste como sus beneficiarios quedarán automáticamente inscritos en cabeza del cónyuge que continúe cotizando.*

La afiliación múltiple más que una anomalía atribuible a las entidades del sistema, es un fenómeno que tal y como se señaló al inicio de este documento tiene un origen multicausal. Las entidades pueden de buena fe mantener este tipo de afiliaciones por un término más o menos amplio, bajo la convicción de ser la entidad escogida por el afiliado. Es así como el legislador se ocupa de la línea de conducta a seguir una vez se identifique esta anomalía "mediante cruces de información o por cualquier otro medio."

Por supuesto que debe observarse un patrón de diligencia en los procesos de diseño, alimentación, revisión y depuración de las bases de datos que podría considerarse mucho más exigente a partir de la detección de posibles anomalías, lo que usualmente ocurre por vía de cruces de información que tienen una connotación periódica (no permanente) o por eventos con afiliados que por su especificidad o carácter parcial, no implican la puesta en evidencia de todas las anomalías que puedan presentarse en un determinado corte de tiempo.

No se desconoce que la gestión fiscal comprende no solo actividades económicas, sino además jurídicas y tecnológicas<sup>6</sup>, en cuanto ligadas a la gestión del patrimonio público. En este punto, desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal, deberá tenerse en consideración los límites naturales, genuinos u obvios de la actividad objeto de escrutinio propia de los servidores públicos pasibles de responsabilidad fiscal, no siendo asimilable a gestión de naturaleza fiscal, la gestión puramente técnica u operativa como tal de las bases de datos que recae usualmente en la órbita de actividad de funcionarios ajenos a la ordenación del gasto o la gestión del patrimonio estatal, ni siendo posible trasladar al sujeto pasivo de este control una responsabilidad de naturaleza fiscal por las acciones u omisiones propiamente dichas de otros funcionarios de la propia organización por el solo hecho de que tenga una consecuencia económica adversa para la entidad. Ciertamente resulta necesario establecer una conexidad adecuada entre la gestión fiscal y las fallas originadas en ámbitos especializados de la

---

<sup>6</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 3°. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

entidad, toda vez que la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal consiste en *determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*<sup>7</sup> y su objeto se traduce en el resarcimiento de los daños ocasionados *como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal*<sup>8</sup>.

Fenómenos como la doble afiliación constituyen una realidad variopinta en su etiología, manejo y circunstancias a ser tenidas en cuenta. Sólo un estudio de cada caso puede llevar a determinar si la doble afiliación o su perpetuación en el tiempo obedece a un error involuntario o de proceso de una u otra entidad, del afiliado o su empleador, o comporta además algún tipo de culpa o de dolo en alguno de los extremos. Más aún, en esta última hipótesis, habría que entrar a determinar con claros criterios de imputabilidad y relevancia las situaciones en las que resultaría potencialmente posible derivar algún grado de responsabilidad fiscal o de otro tipo en los sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal, como podría ser el evento, a manera de ejemplo, en que detrás de la falta de fiabilidad de la información se detecte una política impulsada por los mismos dirigida a atraer o mantener mayores recursos a la entidad a costa del patrimonio de otras entidades públicas o terceros, lo que de cara a la responsabilidad fiscal como tal supondría determinar en concreto un daño de naturaleza fiscal y resolver un aspecto no abordado en la providencia citada del Consejo de Estado como lo es el del alcance de la responsabilidad fiscal en función de la incardinación institucional del respectivo servidor público.

Mientras en el caso de los intereses de mora, sanciones o multas, el daño afecta a la entidad de la que el sujeto pasivo de la responsabilidad fiscal es un servidor público y a la que se encuentra

---

<sup>7</sup> Artículo 1. Ley 610 de 2000.

<sup>8</sup> Artículo 4 Ibídem.

incardinado, manteniendo un vínculo mucho más estrecho o directo con su función, en el caso de las multiafiliaciones el daño, de producirse, pareciera afectar a otra entidad del Estado respecto de la cual, el servidor público no tiene relación laboral o reglamentaria, siendo dudoso que frente a la tercera entidad posea una responsabilidad fiscal, al menos de carácter inmediato o directo, al estar encomendada su gestión fiscal a sus respectivos funcionarios. Con el objeto de no circunscribir la responsabilidad fiscal del funcionario a los daños derivados frente a la entidad propia, habría que acudir a construcciones argumentativas posteriores como el principio de unidad del Estado, la definición del daño fiscal como daño al patrimonio del Estado, la solidaridad prevista en la materia, de modo que se defienda una responsabilidad universal de protección del patrimonio público en cabeza del responsable fiscal que no se limite a los intereses de su propia entidad, tesis que si bien puede contar con un alto grado de plausibilidad, no necesariamente estaría llamada a ser pacífica o libre de réplicas o riesgos interpretativos, sobre todo en el momento de formular la correspondiente imputación e identificar su específico soporte probatorio.

Ahondando un poco más en la particular problemática del caso, se deduce además de la regulación transcrita sobre multiafiliación que una vez identificada la doble afiliación, el efecto previsto no es dejar sin efecto las dos afiliaciones, sino una de ellas, conforme a un conjunto de reglas y supuesto el aviso al afiliado. Así, una vez determinados los hechos de cada caso, tras un proceso que la ley no desarrolla, una entidad terminará por retener al afiliado y otra deberá darlo de baja en sus sistemas.

Significa lo anterior que la depuración de las bases de datos, más allá de errores evidentes en los registros, no es un proceso automático, ni lineal, ni absolutamente claro en sus contornos. Se debe seguir frente a tales eventos un procedimiento, del cual, de acuerdo a lo sostenidos por la Corte Constitucional, no es dable marginar al

propio afiliado y donde los conflictos presentados confirman que las reglas previstas por el legislador requieren de una actividad interpretativa previa a su aplicación.

Una sentencia que ilustra la complejidad que puede revestir cada uno de estos eventos de multiafiliación es la sentencia T-380 de 2007 que se ocupa de un caso en el que invocándose la doble afiliación, una EPS canceló la afiliación y se negó a suministrar el servicio de salud a un paciente, remitiéndolo a la otra EPS que teóricamente conforme a las reglas del decreto debería conservarlo:

*... entra esta Sala de Revisión a determinar, desde el punto de vista de la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el actor, la decisión adoptada por SaludCoop EPS, en el sentido de negar la prestación del servicio de salud a un menor de edad y proceder a la cancelación de la afiliación del cotizante argumentando para ello haberse generado la figura de la multiafiliación, así como la conducta asumida por la EPS del Instituto de Seguros Sociales - ISS, al considerar que el asunto planteado es de movilidad o traslado de EPS, el cual niega por no cumplir los requisitos para ello, no obstante que desde el mes de junio de 2005 el accionante reportó la novedad de su retiro con el anterior patrón. (...) Esta Sala advierte de una parte, que en el presente caso, no era procedente la desafiliación automática del actor realizada por SaludCoop EPS, ni mucho menos el traslado de EPS, toda vez que para la fecha en que el señor José Cristóbal Ríos Rodríguez fue afiliado a dicha EPS, este ya no pertenecía al ISS. (...) En efecto, dado que desde el mes de junio de 2005, el antiguo empleador del accionante reportó en debida forma al ISS, a través del formato de autoliquidación de aportes el retiro laboral del señor Rodríguez, la entidad ha debido con base en el procedimiento establecido en la norma - artículo 11 de decreto 1703 de 2002 -, proceder a su desafiliación en lugar de continuar manteniéndolo en su base de datos con una condición de afiliado que no ostenta. (...) Es evidente entonces, que la doble afiliación se originó en la omisión de un trámite que correspondía adelantar en su oportunidad al ISS, el cual desconoció, al no tramitar la desafiliación y considerar erradamente que se trataba de un caso de movilidad o solicitud de traslado por parte del actor, figura que no era procedente en virtud del reporte de novedad del año 2005 y el hecho de que por tal motivo, el*

actor dejó de realizar sus cotizaciones al ISS por espacio de un poco más de un año, lo que desde luego no le generó mora en el pago, pero sí la pérdida de la antigüedad, circunstancia que le permitía afiliarse a una nueva EPS en ejercicio de su derecho a la libre elección... (...) De otra parte, a juicio de esta Sala la decisión de SaludCoop EPS de cancelar la afiliación del señor José Cristóbal Ríos Rodríguez, fue unilateral y restrictiva de la debida protección de los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de defensa que se deben garantizar a los afiliados al Sistema General de Salud y Seguridad Social, además de que contraviene lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 100 de 1993 que establece expresamente la prohibición para las EPS de terminar, en forma unilateral, la relación contractual con sus afiliados. (...) Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que las normas que reglamentan la multifiliación, si bien determinan la necesidad de seguir un procedimiento que incluye la comprobación de los hechos, que en este caso no se dió, en manera alguna autorizan a la EPS para cancelar el contrato automática y unilateralmente. (...) Es así como, los artículos 48, 49 y 50 del Decreto 806 de 1998, establecen las reglas que deben ser seguidas por las Empresas Promotoras de Salud (EPS) en los casos en que se presente la multiplicidad de afiliaciones, puesto que una persona no puede estar afiliada más de una vez al Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que ello generaría distorsiones en la sostenibilidad económica del mismo. (...) Del análisis de tales normas, tal y como se destacó en la sentencia T-1313 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, surgen varias consecuencias jurídicas: (i) la afiliación múltiple no constituye causal de cancelación automática ni unilateral de la afiliación; (ii) las reglas previstas en el artículo 50 son indicativas de situaciones que las Entidades Promotoras de Salud deben precisar para así proceder conforme a la solución establecida en la misma norma; (iii) no existe en la reglamentación del Sistema de Seguridad Social en Salud un procedimiento establecido para que las Empresas Promotoras de Salud cancelen la afiliación de quien se encuentra vinculado a múltiples empresas. (...) Así entonces, en el presente caso, no advierte la Sala razón para que de común acuerdo y en forma unilateral, las entidades demandadas hubieran establecido que, de una parte el Seguro Social EPS continuaría a cargo de la afiliación del demandante, y de otra, SaludCoop hubiere cancelado la afiliación, toda vez que: (i) no existe regulación expresa para que en aras de resolver un

*multiafiliación se aplique tal procedimiento; (ii) la pretendida duplicidad de afiliaciones se fundamenta en el desconocimiento de un trámite que le correspondía adelantar el ISS; (iii) debía prevalecer la última afiliación realizada en debida forma, es decir, en el caso concreto, la efectuada por el accionante en aplicación del principio de la libre escogencia a SaludCoop EPS, obrando con la confianza legítima de que la afiliación que tenía con el ISS, había terminado en el año 2005, es decir un año y dos meses antes de su nueva afiliación, por terminación de su relación laboral anterior reportada oportunamente a la entidad; y además, (iv) la cancelación de la afiliación nunca fue consultada con el demandante.*

Algo similar podría señalarse respecto del curso de acción frente a las situaciones de fallecimiento de un afiliado.

El literal e) del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el Decreto 2400 del mismo año, dispuso: *"e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo;..."*

A este último respecto, conviene llamar la atención sobre los efectos de la pensión por supervivencia y de la sustitución pensional, como mecanismos también idóneos para prolongar los beneficios en cuestión en favor de los familiares más allá del deceso del de cujus.

Así por ejemplo, mediante sentencia T-775 de 2012 de la Corte Constitucional, en la que se debatía la asistencia en materia de salud a la hija y nieto de una cotizante fallecida con cuadros complejos de salud, a los que inicialmente se desafiliaron con ocasión de dicho hecho, al operarse la sustitución pensional en favor de la hija con discapacidad madre del menor y restituirse por esta vía los servicios de salud a esta familia, se reconoció el hecho superado.

Realizadas las anteriores precisiones acerca del marco jurídico de las multiafiliaciones y defunciones, se pasa a contestar las preguntas planteadas, así:

**1. En los procesos de Responsabilidad Fiscal que se adelantan a partir de los hallazgos fiscales en los que se investiga como hecho irregular las multifiliaciones de usuarios del sistema general de seguridad social en salud o su continuidad en las bases de datos después del fallecimiento, en los que se determina que se pagaron unas UPC de más a \*\*\*EPS, y en general por actuaciones suyas en calidad de contratista del Sistema General de Seguridad Social en Salud ¿Puede darse aplicación al concepto del daño entre entidades públicas, concluyendo que en estos casos al no evidenciarse el pago de multas, sanciones o intereses de mora, estamos frente a una transferencia de recursos que *per se* no constituye daño patrimonial al Estado?**

Entendemos como un elemento implícito en la pregunta que la misma no se refiere a los eventos en que como consecuencia de un manejo irregular de las bases de datos o los recursos asociados a los registros en cuestión, se deban pagar intereses de mora, sanciones o multas, caso en el que claramente se configura un perjuicio.

La pregunta se circunscribe al evento en que producto de la identificación de situaciones de multifiliación o mantenimiento *post mortem* de afiliados en las bases de datos, se deba proceder a devolver a otra entidad pública recursos que hayan sido situados en exceso por dicha causa.

Conforme al artículo 6 de la ley 610 de 2000 y la Sentencia C-340 de 2007, el daño patrimonial al Estado consiste en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se

aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzca directamente o contribuya al detrimento al patrimonio público.

Así las cosas, desde la perspectiva de la EPS que en forma temporal, como consecuencia de la situación de multifiliación o del rezago en las bases de datos cuenta con mayores recursos, en principio no se percibe la existencia de un daño patrimonial propiamente dicho entendido como un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, pues durante el término que mantiene dichos recursos los mismos representan un mayor valor en lugar que una pérdida y cuando producto de la depuración de los registros debe devolverlos, simplemente está reconociendo una realidad, no pudiéndose asumir como un gasto o una merma en sentido propio de su patrimonio, pese a que se deba efectuar una reclasificación de tipo contable.

Desde la perspectiva de la entidad que por estas causas sitúa más recursos de los debidos, se podría pensar que durante el término que dichos recursos han permanecido en la órbita patrimonial de la otra entidad, teóricamente se ha incurrido en un sobre costo o en un pago de lo no debido, pero tal daño no se materializa en forma definitiva si como producto de la depuración de la información tales recursos le son devueltos.

De este modo la mera transferencia de recursos entre entidades públicas derivadas de la corrección de estas situaciones, no constituye en nuestro criterio daño patrimonial al Estado.

Refuerza lo anterior el hecho de que la responsabilidad fiscal no es objetiva ni automática, sino que supone establecer la incidencia de la gestión fiscal en la producción del daño y los elementos de dolo y culpabilidad que no se desprenden de la simple constatación de dobles afiliaciones o rezagos en las bases de datos.

Ahora bien, podría resultar factible en el caso de que las circunstancias concretas lo ameriten, el efectuar reparos a la gestión fiscal de la entidad, lo que podría suceder en el evento en que la problemática tenga un nivel de incidencia o relevancia que sobrepase los niveles usuales o tolerables en este tipo de entidades y las fallas no se circunscriban en su origen a segmentos técnicos y operativos propiamente dichos, sino que comprometan la órbita de acción de los gestores fiscales, los que por falta de planeación o controles de seguimiento o mala administración hayan contribuido a generar, exacerbar, tolerar o perpetuar en el tiempo dichas anomalías.

Si este fuera el caso, el daño podría establecerse como parte del control de eficiencia y su materialización no estaría dada por la transferencia como tal de los recursos entre entidades del Estado, sino por la cuantificación en términos económicos del desgaste y costo institucional de los procesos derivados de este tipo de ineficiencias.

**2. Si no hay daño: ¿Tampoco habría lugar a vincular a los servidores públicos que ejercieron gestión fiscal en \*\*\*EPS?**

Presupuesto del proceso de responsabilidad fiscal es que exista un daño patrimonial para el Estado, como claramente lo estipula la ley cuando señala que *la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como*

*consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.*

**3. En el evento en que la Oficina Jurídica determine que si existe daño patrimonial al Estado, y que corresponde al monto del dinero que el ente territorial canceló de más a \*\*\* EPS, y que tal entidad se rehúsa a reintegrar al municipio, se pregunta: ¿Cómo se radica la obligación de pagar unas sumas de dinero en cabeza de un servidor público, cuando dicho dinero se encuentra en las arcas del Estado, en este caso en \*\*\* EPS? (...) Lo anterior, por cuanto para esta Directiva Colegiada, ordenar el pago de estos valores que debió cancelar la EPS bajo su dirección y que no se hizo, equivaldría a dejar en una situación de ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA a CAPRECOM EPS quien sigue manteniendo en su poder el dinero de la seguridad social. (...) Equivaldría igualmente a decir que siendo la entidad afectada una entidad territorial, el representante legal de \*\*\* EPS contribuye al daño y es a éste a quien le atañe responder por el mismo, pese a que en su poder no reposa ningún dinero y que los mismos no se han extraviado y claramente se determina que los dineros reposan en la entidad contratista \*\*\* EPS.**

Se ha partido de la consideración de que las sumas situadas de más como consecuencia de distorsiones en las unidades de capitación, deben ser objeto de devolución por parte de la EPS --si bien como persona jurídica de derecho público no es gestor fiscal, al serlo sus servidores-- y que la devolución de este principal no configura daño patrimonial.

Se conviene en que la EPS, determinado fehacientemente el error, no tiene causa legítima para retener los mencionados valores, por lo que una actuación en contrario socavaría las definiciones constitucionales básicas de la actuación estatal, el principio de la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, el principio de moralidad pública y constituiría sin duda una forma de enriquecimiento injustificado de la entidad estatal.

Si bien formalmente el gestor fiscal es responsable fiscalmente del detrimento patrimonial y teóricamente podría repetir contra quien a causa de su actuación se ha enriquecido sin causa, también es cierto que la otra entidad y el respectivo funcionario que hayan realizado los pagos de más poseen desde la perspectiva de la gestión fiscal la carga de diligencia de perseguir la recuperación de las mencionadas sumas, privilegiando las acciones en contra de quien tenga una mayor capacidad de pago, máxime cuando ha sido el directo beneficiario del pago de lo no debido, por lo que no podría resultar indiferente a la Contraloría al ejercer el control fiscal, valorar conjuntamente las acciones de la entidad pública que ha sufrido el perjuicio, cuyos servidores también son objeto de control fiscal.

En la situación límite de que acreditada objetivamente la injustificada retención de las sumas de la entidad territorial, la EPS persista en la no devolución de las sumas que ya no puede mantener en su patrimonio, el funcionario de la EPS con responsabilidad fiscal que cohoneste esta conducta se expone a la medida fiscal correspondiente, sin perjuicio que la entidad territorial entable las acciones judiciales enderezadas a la recuperación de sus fondos. Si se tratare de examinar la conducta de un ex funcionario de la EPS, para establecer su responsabilidad no puede dejar de omitirse como factor de exoneración o reducción de su responsabilidad, aplicando criterios de proporcionalidad y de causalidad, el comportamiento de la EPS luego de que se constate la necesidad imperiosa de devolución de las sumas pagadas en exceso. Si la EPS, en efecto, se niega a efectuar la devolución, resultaría violatorio de todo

parámetro de responsabilidad, hacer gravitar en el ex funcionario todo el peso de la responsabilidad fiscal.

**4. Bajo la premisa que existe daño patrimonial al Estado, se pregunta: ¿Cómo puede endilgarse culpa grave a un funcionario que acaba de posesionarse en un cargo con capacidad jurídica y material de administración o manejo de los recursos públicos en \*\*\*EPS, y por este solo hecho es vinculado en un proceso de responsabilidad fiscal en curso, porque no hace devolución del dinero una vez enterado del hecho irregular, considerando que constitucionalmente tiene derecho a defenderse y presentar discusiones jurídicas e interpretaciones plausibles que podrían a juicio del imputado tenerse en cuenta por el órgano de control?**

A lo largo del presente concepto se ha tenido la oportunidad de llamar la atención de cómo la simple constatación de eventos de multifiliación o advertencia de inconsistencias en las bases de datos, no constituye un hecho irregular, siendo más bien un evento connatural a este tipo de bases de datos frente al cual lo que se prescribe es un curso de acción que no necesariamente concluye en la desafiliación de quien figure simultáneamente afiliado a otra EPS. Dicho proceso supone la caracterización de cada caso y el despliegue de los derechos de los usuarios. Lo anterior se traduce en el hecho de que parte de la carga de diligencia y cuidado de los servidores públicos puede consistir en verificar las circunstancias de cada registro cuestionado y luchar cuando haya motivos plausibles para ello para mantener el respectivo usuario, observando en todo caso un procedimiento que se opone a vislumbrar los procesos de depuración en cuestión como automáticos o marcadamente lineales.

También se ha advertido que se debe tener claridad sobre los alcances de las funciones relacionadas con el manejo de tales bases de datos, no pudiéndose predicar en forma automática y directa responsabilidad por

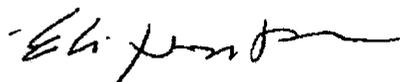
parte de los gestores fiscales, frente a problemas que no necesariamente comprometen la órbita de gestión fiscal.

Lo anterior, sumado al presupuesto básico de que la responsabilidad fiscal no es objetiva, sino basada en la determinación de dolo o culpa, lleva en todos los casos a prevenir frente a la pretensión de que identificada una posible inconsistencia, el gestor fiscal indefectiblemente deba proceder en forma inmediata a corregirla, cuando lo que se impone es un proceso de verificación y depuración que dependiendo de las circunstancias puede ser más o menos complejo, más o menos extenso, más o menos rápido.

Si esto es cierto frente al servidor con cierta trayectoria dentro de la entidad que no por ello se puede caracterizar como un individuo omnisciente, mucho más frente a quien se encuentra con dicha realidad al momento de vincularse a la misma y que conforme a la ley de la experiencia requiere razonablemente de un mínimo de tiempo para asumir una posición y definir una línea seria y consistente de conducta. Presumir contra el funcionario a partir de su acto de posesión la responsabilidad heredada y automática por acciones u omisiones que teóricamente debería adoptar en forma inmediata o concomitante a su ingreso, frente a materias que revisten algún nivel de complejidad, es tanto como aplicar el parámetro de la responsabilidad objetiva.

En los anteriores términos, me permito dar respuesta a su amable consulta.

Cordialmente,



**EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ**

ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / LINA MARIA TAMAYO BERRIO

DESTINO 80171-DESPACHO DEL GERENTE DEPARTAMENTAL CALDAS / JAVIER SALAZAR TAMAYO

ASUNTO SISTEMA SEGURIDAD SOCIAL ? SALUD. MULTIAFILIACIONES.  
OBS

80112-  
Bogotá, D.C.,

2014IE0080731



Doctor  
JAVIER SALAZAR TAMAYO  
Presidente Gerencia Colegiada Caldas  
Contraloría General de la República  
Calle 21 No. 23- 22 P. 6, 10 y11  
Manizales - Caldas

Asunto: Sistema Seguridad Social – Salud. Multiafiliações.

Respetado doctor Salazar Tamayo:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió su escrito el 23 de enero de 2014 con radicado 2014IE0011223, y le fue enviada comunicación manifestando el estudio del asunto el 21 de febrero de 2014 con radicado 2014IE0028417.

#### 1. ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>1</sup>, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, **en materia de control fiscal.**

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"<sup>2</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales "respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"<sup>3</sup> y las presentadas por

<sup>1</sup> Art. 28 de la Ley 1437 de 2011

<sup>2</sup> Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000



la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"<sup>4</sup>.

En este orden, mediante su expedición se busca "orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"<sup>5</sup> y "asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"<sup>6</sup>.

Se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16<sup>7</sup> del Decreto Ley 267/00, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

## 2. NORMATIVIDAD APLICABLE.

Ley 610 de 2000

Sentencia C-340 de 2007 Corte Constitucional

Concepto jurídico IE8857 de fecha 5 de marzo de 2008

Concepto de Eduardo Cifuentes Muñoz con SIGEDOG 2014ER0043872

## 3. RESUMEN DE LOS HECHOS.

Con ocasión al "hecho irregular de multifiliaciones de usuarios del sistema general de seguridad social en salud o su continuidad en las bases de datos después del fallecimiento, en los que se determina que pagaron unas UPC de más a CAPRECOM EPS" requiere información acerca de: i) si tiene aplicación el concepto de daño entre entidades públicas 2008IE8857 por tratarse de una transferencia de recursos que no constituyen daño patrimonial al Estado, y si no hay necesidad de vincular a los servidores públicos que ejercieron gestión fiscal en la EPS, ii) si hay daño patrimonial, y responsabilidad de tipo fiscal, aun cuando el dinero se encuentre en una entidad pública que se reusa a reintegrar el dinero, iii) si existe responsabilidad de tipo fiscal con culpa grave para quien se acaba de posesionar y se reusa a reintegrar el dinero.

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>6</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>7</sup> Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

#### 4. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿Es aplicable el concepto jurídico emitido por esta dependencia con radicado 2008IE8857 sobre "Daño Patrimonial entre Entidades Públicas por multas, sanciones e intereses de mora", al hecho irregular de pago de UPC's por multiafilaciones de usuarios al Sistema General de Seguridad Social en salud o su continuación en las bases de datos después del fallecimiento?

#### 5. ANÁLISIS JURÍDICO

##### 5.1 Multiafilaciones

Sobre el asunto planteado es preciso señalar que existe Concepto con radicado 2014ER0043872 del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz el cual traeremos a colación, para presentar con mayor claridad el tema.

Comencemos por señalar que existen varios casos en los que puede presentarse la multiafilación al Sistema de Seguridad Social tales como:

"1. Cuando una persona, como ocurre con alguna frecuencia, con motivo del cambio de trabajo, modifica o tramita su inscripción en una nueva EPS, sin que haya mediado información al sistema sobre las novedades, o éstas no se hayan procesado adecuadamente, o cuando dicho cambio se realiza sin cumplir con el período de permanencia prescrito en el régimen de movilidad.

2. Cuando una persona se encuentra afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y en el subsidiado, siendo frecuente en el caso de personas afiliadas al régimen subsidiado que, al emplearse formalmente, no se desvinculan del régimen subsidiado precedente pese a inscribirse en una EPS, atendiendo consideraciones como la falta de certeza acerca de la estabilidad de su empleo formal recién obtenido y el temor consiguiente a perder el cupo dentro del régimen subsidiado de verificarse la eventual pérdida del empleo.

3. La existencias de dos registros en una misma entidad, como beneficiario y cotizante o como beneficiario, como es el caso de los desplazados que tramitan una nueva inscripción en otro municipio, sin reportar o sin que se elimine la inscripción en el municipio de origen.



*De otra parte, la muerte del cotizante, lógicamente debe llevar a dar de baja su permanencia en el sistema en condición de afiliado, pero no así, bajo ciertas circunstancias, la, de sus beneficiarios, (...)"<sup>8</sup>*

El Decreto 806 de 1998 en sus artículos 49 a 50, presenta una serie de reglas que deben atenderse por las Entidades Promotoras de Salud cuando éstas se encuentren en presencia de afiliaciones múltiples, pues, "La afiliación múltiple más que una anomalía atribuible a las entidades del sistema, es un fenómeno que tal y como se señaló al inicio de este documento tiene un origen multicausal. Las entidades pueden de buena fe mantener este tipo de afiliaciones por un término más o menos amplio, bajo la convicción de ser la entidad escogida por el afiliado. Es así como el legislador se ocupa de la línea de conducta a seguir una vez se identifique esta anomalía "mediante cruces de información o por cualquier otro medio."

*Por supuesto que debe observarse un patrón de diligencia en los procesos de diseño, alimentación, revisión y depuración de las bases de datos que podría considerarse mucho más exigente a partir de la detección de posibles anomalías, lo que usualmente ocurre por vía de cruces de información que tienen una connotación periódica (no permanente) o por eventos con afiliados que por su especificidad o carácter parcial, no implican la puesta en evidencia de todas las anomalías que puedan presentarse en un determinado corte de tiempo."<sup>9</sup>*

"Ahondando un poco más en la particular problemática del caso, se deduce además de la regulación transcrita sobre multifiliación que una vez identificada la doble afiliación, el efecto previsto no es dejar sin efecto las dos afiliaciones, sino una de ellas, conforme a un conjunto de reglas y supuesto el aviso al afiliado. Así, una vez determinados los hechos de cada caso, tras un proceso que la ley no desarrolla, una entidad terminará por retener al afiliado y otra deberá darlo de baja en sus sistemas.

Significa lo anterior que la depuración de las bases de datos, más allá de errores evidentes en los registros, no es un proceso automático, ni lineal, ni absolutamente claro en sus contornos. Se debe seguir frente a tales eventos un procedimiento, del cual, de acuerdo a lo sostenidos por la Corte Constitucional, no es dable marginar al propio afiliado y donde los conflictos presentados confirman que las reglas previstas por el legislador requieren de una actividad interpretativa previa a su aplicación.

Una sentencia que ilustra la complejidad que puede revestir cada uno de estos eventos de multifiliación es la sentencia T-380 de 2007 que se ocupa de un caso en el que invocándose la doble afiliación, una EPS canceló la afiliación y se negó a suministrar el servicio de salud a un paciente, remitiéndolo a la otra EPS que teóricamente conforme a las reglas del decreto debería conservarlo: (...)

<sup>8</sup> Concepto 2014ER0043872 de marzo 31 de 2014 Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>9</sup> Ibídem 8

Algo similar podría señalarse respecto del curso de acción frente a las situaciones de fallecimiento de un afiliado.

El literal e) del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el Decreto 2400 del mismo año, dispuso: "e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo,....".

A este último respecto, conviene llamar la atención sobre los efectos de la pensión por supervivencia y de la sustitución pensional, como mecanismos también idóneos para prolongar los beneficios en cuestión en favor de los familiares más allá del deceso del de cujus.

Así por ejemplo, mediante sentencia T-775 de 2012 de la Corte Constitucional, en la que se debatía la asistencia en materia de salud a la hija y nieto de una cotizante fallecida con cuadros complejos de salud, a los que inicialmente se desafiliaron con ocasión de dicho hecho, al operarse la sustitución pensional en favor de la hija con discapacidad madre del menor y restituirse por esta vía los servicios de salud a esta familia, se reconoció el hecho superado."

## 5.2 Daño fiscal

Remembremos también, el concepto de daño patrimonial que contempla la Ley 610 de 2000:

"Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público." **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia – C 340 de 2007.**

La existencia del daño patrimonial a los bienes del Estado requiere que la lesión se origine en el menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida o deterioro de bienes o recursos públicos, y para "el caso de las multiafiliaciones el daño, de producirse, pareciera afectar a otra entidad del Estado respecto de la cual, el servidor público no tiene relación laboral o reglamentaria, siendo dudoso que frente a la tercera entidad posea una responsabilidad fiscal,

al menos de carácter inmediato o directo, al estar encomendada su gestión fiscal a sus respectivos funcionarios. Con el objeto de no circunscribir la responsabilidad fiscal del funcionario a los daños derivados frente a la entidad propia, habría que acudir a construcciones argumentativas ulteriores como el principio de unidad del Estado, la definición del daño fiscal como daño al patrimonio del Estado, la solidaridad prevista en la materia, de modo que se defienda una responsabilidad universal de protección del patrimonio público en cabeza del responsable fiscal que no se limite a los intereses de su propia entidad, tesis que si bien puede contar con un alto grado de plausibilidad, no necesariamente estaría llamada a ser pacífica o libre de réplicas o riesgos interpretativos, sobre todo en el momento de formular la correspondiente imputación e identificar su específico soporte probatorio.”<sup>10</sup>

(...)

“Así las cosas, desde la perspectiva de la EPS que en forma temporal, como consecuencia de la situación de multifiliación o del rezago en las bases de datos cuenta con mayores recursos, en principio no se percibe la existencia de un daño patrimonial propiamente dicho entendido como un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, pues durante el término que mantiene dichos recursos los mismos representan un mayor valor en lugar que una pérdida y cuando producto de la depuración de los registros debe devolverlos, simplemente está reconociendo una realidad, no pudiéndose asumir como un gasto o una merma en sentido propio de su patrimonio, pese a que se deba efectuar una reclasificación de tipo contable.

Desde la perspectiva de la entidad que por estas causas sitúa más recursos de los debidos, se podría pensar que durante el término que dichos recursos han permanecido en la órbita patrimonial de la otra entidad, teóricamente se ha incurrido en un sobrecosto o en un pago de lo no debido, pero tal daño no se materializa en forma definitiva si como producto de la depuración de la información tales recursos le son devueltos.

De este modo la mera transferencia de recursos entre entidades públicas derivadas de la corrección de estas situaciones, no constituye en nuestro criterio daño patrimonial al Estado.

Refuerza lo anterior el hecho de que la responsabilidad fiscal no es objetiva ni automática, sino que supone establecer la incidencia de la gestión fiscal en la producción del daño y los elementos de dolo y culpabilidad que no se desprenden de la simple constatación de dobles afiliaciones o rezagos en las bases de datos.

Ahora bien, podría resultar factible en el caso de que las circunstancias concretas lo ameriten, el efectuar reparos a la gestión fiscal de la entidad, lo que podría suceder en el evento en que la problemática tenga un nivel de incidencia o relevancia que sobrepase los niveles usuales o tolerables en este tipo de entidades y las fallas no se circunscriban en su origen a segmentos técnicos y operativos propiamente dichos, sino que comprometan la órbita de acción de los

<sup>10</sup> Ibidem 8

gestores fiscales, los que por falta de planeación o controles de seguimiento o mala administración hayan contribuido a generar, exacerbar, tolerar o perpetuar en el tiempo dichas anomalías.

Si este fuera el caso, el daño podría establecerse como parte del control de eficiencia y su materialización no estaría dada por la transferencia como tal de los recursos entre entidades del Estado, sino por la cuantificación en términos económicos del desgaste y costo institucional de los procesos derivados de este tipo de ineficiencias.”

### 5.3 Sanciones, multas e intereses

Remembremos el concepto jurídico IE8857 de fecha 5 de marzo de 2008, en tal escrito, se realiza un análisis al concepto emitido por el Consejo de Estado sobre el daño patrimonial entre entidades públicas con ocasión del pago de sanciones, multas e intereses. En este concepto, la Oficina Jurídica cambia la posición que venía sosteniendo y señala que, si existe daño fiscal entre entidades públicas por dichos pagos, pues, se genera una erogación de un mayor valor a pagar que la obligación principal y que debe iniciarse una investigación para determinar la existencia de indicios como la culpa grave o el dolo.

El concepto que revaluó la Oficina Jurídica, señalaba que no existía daño fiscal porque el dinero ingresaba al mismo Erario y no salía de éste, pues consistía en una simple transferencia de recursos de una entidad a otra, tal situación aun cuando se reviviera no podría servir de fundamento para determinar que el pago en exceso o el mayor valor pagado en UPC's, es decir, que se trate de una simple transferencia de recursos, pues, tal y como se expone en el concepto jurídico IE8857 de fecha 5 de marzo de 2008 “el menoscabo patrimonial lo sufre una entidad a la cual se le han entregado unos recursos para que los administre y en tal virtud preste un servicio público o ejerza una función determinada que beneficie la colectividad, si debido a la negligencia el gestor público o a su actuar dolosa o gravemente culposa la entidad debe desembolsar una suma de dinero para ser entregada a otra de su misma naturaleza, es lógico concluir, que con la erogación de tal recurso, la primera ha dejado de cumplir sus cometidos estatales (...)”

El caso de daño fiscal con ocasión del pago de intereses de mora, sanciones o multas, no es asimilable al pago de multiafiliaciones por las razones expuestas en el ítem 5.1., “el caso de los intereses demora, sanciones o multas, el daño afecta a la entidad de la que el sujeto pasivo de la responsabilidad fiscal es un servidor público y a la que se encuentra incardinado, manteniendo un vínculo mucho más estrecho o directo con su función (...)”<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Ibidem 8



#### 5.4 Responsables fiscales

*“Se ha partido de la consideración de que las sumas situadas de más como consecuencia de distorsiones en las unidades de capitación, deben ser objeto de devolución por parte de la EPS –si bien como persona jurídica de derecho público no es gestor fiscal, al serlo sus servidores– y que la devolución de este principal no configura daño patrimonial.*

*Se conviene en que la EPS, determinado fehacientemente el error, no tiene causa legítima para retener los mencionados valores, por lo que una actuación en contrario socavaría las definiciones constitucionales básicas de la actuación estatal, el principio de la buena fe, la proscripción del abuso del derecho, el principio de moralidad pública y constituiría sin duda una forma de enriquecimiento injustificado de la entidad estatal.*

*Si bien formalmente el gestor fiscal es responsable fiscalmente del detrimento patrimonial y teóricamente podría repetir contra quien a causa de su actuación se ha enriquecido sin causa, también es cierto que la otra entidad y el respectivo funcionario que hayan realizado los pagos de más poseen desde la perspectiva de la gestión fiscal la carga de diligencia de perseguir la recuperación de las mencionadas sumas, privilegiando las acciones en contra de quien tenga una mayor capacidad de pago, máxime cuando ha sido el directo beneficiario del pago de lo no debido, por lo que no podría resultar indiferente a la Contraloría al ejercer el control fiscal, valorar conjuntamente las acciones de la entidad pública que ha sufrido el perjuicio, cuyos servidores también son objeto de control fiscal.*

*En la situación límite de que acreditada objetivamente la injustificada retención de las sumas de la entidad territorial, la EPS persista en la no devolución de las sumas que ya no puede mantener en su patrimonio, el funcionario de la EPS con responsabilidad fiscal que cohoneste esta conducta se expone a la medida fiscal correspondiente, sin perjuicio que la entidad territorial entable las acciones judiciales enderezadas a la recuperación de sus fondos. Si se tratare de examinar la conducta de un ex funcionario de la EPS, para establecer su responsabilidad no puede dejar de omitirse como factor de exoneración o reducción de su responsabilidad, aplicando criterios de proporcionalidad y de causalidad, el comportamiento de la EPS luego de que se constate la necesidad imperiosa de devolución de las sumas pagadas en exceso. Si la EPS, en efecto, se niega a efectuar la devolución, resultaría violatorio de todo parámetro de responsabilidad, hacer gravitar en el ex funcionario todo el peso de la responsabilidad fiscal.”<sup>12</sup>*

#### 6. CONCLUSIÓN

Las inconsistencias que se presenten en las bases de datos para constatar eventos de multifiliaciones, deben verificarse de manera detallada, pues, existen inconsistencias

<sup>12</sup> *Ibidem* 8

connaturales a ellas, no necesariamente la desafiliación será el procedimiento a seguirse, cuando se encuentran de por medio los derechos de los usuarios.

Los servidores públicos deben prestar diligencia y cuidado para verificar las circunstancias de cada registro, y observar el procedimiento establecido para ello.

Cordial saludo;

  
LINA MARIA TAMAYO BERRIO  
Directora Oficina Jurídica

Proyectó:  
Revisó:  
Radicado:

Johana Milena Venzuela Pardo   
Teresa Bonilla de la Torre  
2014IE0077726, 2014IE001123, 2014IE0028417

06-03-2018 18:20