

RESOLUCIÓN No. 360**(27 DE NOVIEMBRE DE 2024)**

Por la cual se resuelve el grado de consulta

EL CONTRALOR GENERAL DEL CAUCA, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por los artículos 272 y 268 numeral 5 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 18 de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, en concordancia con lo preceptuado en la Ordenanza No. 046 de 23 de junio de 2021 expedida por la Asamblea Departamental del Cauca, y teniendo en cuenta lo siguiente,

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el grado de consulta allegado por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal mediante memorando con radicado No.202401500240022 de fecha de recibido del 31 de octubre de 2024, en el cual remite Auto de archivo No. 28 de 29 de octubre de 2024, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-57-22 Folio 787 del L.R, por no encontrar mérito para imputar responsabilidad fiscal, con el fin de que este Despacho revise íntegramente la actuación, para modificarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el interés y el patrimonio público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

ANTECEDENTES

Mediante Memorando sin radicación trasladado el 31 de agosto de 2021, enviado por la Directora Técnica de Auditorías y Control Fiscal Participativo, mediante el cual remite el hallazgo fiscal No.136 del 26 de agosto de 2021, detectado en la auditoria Especial, de la Denuncia No. 035 de 2019, vigencia 2017 y enero de 2019, respecto al Contrato de Prestación de Servicios No. 02 suscrito por EMPOMER- EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - MERCADERES, CAUCA con el señor WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS, cuyo objeto era *"REALIZAR ACTIVIDADES DE SUSPENSION DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO A LOS USUARIOS SUSCRIPTORES MOROSOS DE LA EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE MERCADERES CAUCA A TODO COSTO"*, en el cual la Dirección de Auditorias encuentra un daño o detrimento patrimonial cuantificado en CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$4.180.000), identificando como presuntos responsables fiscales a JOSE ALEJANDRO MORENO SANCHEZ , identificado con C.C. 10.294.317, vinculado en calidad de Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios EMPOMER E.S.P, JOSE EDGAR BOLAÑOS CASTRO, identificado con C.C. 10.591.964 vinculado en calidad Ex – Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios EMPOMER E.S.P y WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS identificado con cedula de ciudadanía No.10.593.553 vinculado en calidad de Contratista para la época de los hechos.

Identificando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:



- JOSE ALEJANDRO MORENO SANCHEZ, identificado con C.C. 10.294.317, vinculado en calidad de Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios EMPOMER E.S.P.
- JOSE EDGAR BOLAÑOS CASTRO, identificado con C.C. 10.591.964 vinculado en calidad Ex – Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios EMPOMER E.S.P
- WILMAR ANDRÉS BANDA BOLAÑOS, Contratista.

ENTIDAD AFECTADA: EMPOMER - EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – MERCADERES CAUCA.

PRESUMTO MONTO O DAÑO PATRIMONIAL: CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS (\$4.180.000.00) M/Cte.

Según el contenido del Hallazgo Fiscal No.136 de 26 agosto de 2021, cuya entidad afectada es EMPOMER - EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – MERCADERES-CAUCA, del presunto daño patrimonial se presenta la siguiente observación por parte del equipo auditor:

“(...) Revisada y analizada la información presentada por EMPOMER E.S.P correspondientes al contrato de Prestación de Servicios N° 02 suscrito con el señor Wilmar Banda Bolaños, cuyo objeto es “realizar actividades de suspensión del servicio de acueducto a los usuarios y suscriptores morosos de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes, Cauca a todo costo” por valor de \$13.440.000, para el periodo comprendido entre 01/01/2019 al 31/12/2019, la forma de pago 12 mensualidades por valor de \$1.120.000. Se evidencio:

- 1. En el mes de enero presenta la cuenta de cobro la cual fue cancelada con el comprobante de egreso No.273 fechado 31/01/2019 y cancelado con el cheque No 2060 de la cuenta de ahorro No 057-6.*
- 2. En la plataforma SIA observa hay dos contratos firmados para los periodos; febrero a mayo y de junio a diciembre de 2019 identificados con los consecutivos F5-F29-011-2019 Y F5-F29-025-2019 respectivamente; estos tienen el mismo objeto, diferente valor observándose que en los contratos mencionados se realizó incremento por valor de \$380.000 mensuales.*
- 3. El expediente no comporta la liquidación del contrato No 02.*
- 4. No se evidencia informes del contratista conforme a lo establecido en el numeral 3 de los Estudios Previos.*
- 5. En los expedientes motivo de estudio no se establece documento que refiera las labores de supervisión de cargo del Gerente conforme a lo establecido en la minuta contractual, es decir, no se rinde informes sobre las actividades realizadas por el contratista.*

Efecto: *Lo anterior puede generar demandas que se convertirían en un detrimento para la entidad, además sanciones disciplinarias. La situación antes presentada genera hallazgo de carácter administrativo, con presunta connotación disciplinaria y alcance fiscal en \$4.180.000. (...)*

La Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante Auto No. 57 del 15 de junio de 2022, avoca el conocimiento y asigna la sustanciación del expediente a la profesional adscrita en la precitada dependencia, **ANA CAMILA PEÑA MONTOYA**, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y/o de particulares, verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o

con ocasión de ésta, han causado por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño, menoscabo, mengua, o detrimento al patrimonio del Estado, o si se ha destruido, dañado o deteriorado algún bien mueble o inmueble propiedad del Estado o si se ha infringido alguna disposición de carácter fiscal vigente.

En virtud de lo anterior la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, profiere el Auto de Apertura de Proceso Fiscal No. 67 del 21 de junio de 2022, conforme a los hechos narrados en el Hallazgo Fiscal y contra las personas relacionadas en el mismo.

VINCULACIÓN DEL GARANTE

Dentro del proceso de responsabilidad fiscal con radicado No. PRF-57-22 Folio 787 del L.R., De conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, mediante auto de vinculación No.3 del 12 de abril de 2023, (folios 66 a 68), se vinculó dentro del presente proceso como tercero civilmente responsable a la compañía LA PREVISORA S.A. 860.009.400-2, conforme a la póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000176, vigencia 23 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2019, valor asegurado (\$1.000.000,00) y la póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000164, vigencia desde 02 de febrero de 2018, al 02 de febrero de 2019 valor asegurado (\$2.000.000,00).- Tomador: EMPOMER- EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE MERCADERES CAUCA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 2, 6, 29, 95, 123, 124, 128, 209, 267, 268 y 272 de la Constitución Política, con las modificaciones hechas por el acto legislativo No. 04 de septiembre de 2019; Ley 80 de 1993; Ley 1150 de 2007 y sus Decretos reglamentarios; Ley 42 de 1993; Ley 330 de 1996; Ley 1474 de 2011; Ley 1437 de 2011; Decreto 111 de 1996; Ley 610 de 2000, que faculta al Ente de Control Departamental, para definir y determinar la responsabilidad de quienes hayan sido sujetos de control fiscal.

COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 268, numeral 5 y artículo 272 de la Constitución Política de Colombia, Ley 610 de 2000, artículo 1, Ordenanza 092 de diciembre 5 de 2012, Ordenanza No. 046 de 23 de junio de 2021, Resolución No. 312 del 22 de julio de 2019, esta a su vez modificada por la Resolución No. 311 de 05 de octubre de 2021 y el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, este Despacho es competente para conocer del asunto.

ACERVO PROBATORIO

DOCUMENTALES

- Memorando, remisión hallazgo fiscal. (folio 1)
- Lista de chequeo hallazgo fiscal, (folio 2)
- CD 1 que contiene
- Copia de denuncia
- Comunicación informe preliminar
- Informe preliminar
- Comunicación Final
- Informe Final
- Derecho de petición



- Póliza de manejo
- Estudios previos F5-F29-011-2019
- Estudios previos F5-F29-025-2019
- Contrato No. 02 de 2019
- Soportes F5-F29-011-2019
- Soportes F5-F29-025-2019
- Contrato F5-F29-011-2019
- Contrato F5-F29-025-2019
- Cédula José Alejandro Moreno
- Cédula José Edgar Bolaños
- Hoja de vida José Alejandro Moreno
- Hoja de vida José Edgar Bolaños
- Manual de Funciones
- Declaración de bienes José Alejandro Moreno
- Declaración de bienes José Edgar Bolaños
- Copia del contrato No. 002 del 02 de enero de 2019 y cuenta de cobro del 31 de enero de 2019 (Folio 6 y rv)
- Copia C.E. No. 273 del 31 enero de 2019 y nota de contabilidad No. 69-2019 (Folio 7 y rv)
- Acta de posesión José Alejandro Moreno (Folio 40)
- Decreto No. 026 del 1 de febrero de 2019 de encargo al señor José Alejandro Moreno (Folio 40 rv a 41)
- Decreto No. 028 del 02 febrero de 2019 Presupuesto EMPOMER (Folio 42 a 48).
- CD contiene: soportes CPS F5-F29-011-2019 Y F5-F29-025-2019 (Folio 51)
- Estudios y documentos previos del contrato No. 002 del 02 de enero d 2019 (Folio 52 a 55)
- Contrato No. 002 del 02 de enero d 2019 y cuenta de cobro del 31 de enero de 2019 (Folio 56)
- Póliza No. 3000176 (Folio 60 a 62)
- Póliza No. 3000164 (Folio 63 a 65)
- CDP No. 81 del 03 de julio de 2018 (Folio 86)
- Certificación de EMPOMER E.S.P del 18 -10- 2024 (Folio 88)
- CD que contiene: CDP vigencias 2018 y 2019, CPS Nos. 003 y 008 del 2018 (Folio 89)
- Certificación de EMPOMER E.S.P del 22 -10- 2024 (Folio 91).

ACTUACIONES PROCESALES:

DE TRÁMITE

- Auto No. 57 del 15 de junio de 2022 por medio del cual se avoca el conocimiento y se asigna un proceso, diligencia de comunicación. (Folios 8 a 9).
- Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 67 del 21 de julio de 2022, con sus respectivas comunicaciones y solicitudes de aceptación para notificación por correo electrónico, notificaciones y comunicación a la Aseguradora, poder especial, reconocimiento de personería para actuar (Folios 11 a 15).
- Auto de vinculación Aseguradora No. 3 del 12 de abril de 2023. (Folios 66 a 68).
- Auto de Archivo No. 28 de 29 de octubre de 2024. (Folios 92 a 98).

COMUNICACIONES



- JOSE ALEJANDRO MORENO SANCHEZ, mediante correo electrónico del 22 de julio de 2022 (Folio 16).
- JOSE EDGAR BOLAÑOS CASTRO, mediante correo electrónico del 22 de julio de 2022 (Folio 17).
- WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS, mediante correo electrónico del 25 de julio de 2022(Folio 18).
- FERNANDO ALBEIRO DIAZ SALAMANCA, mediante correo electrónico de 25 de julio de 2024(Folio 19).

NOTIFICACIONES AUTO APERTUTA

- JOSE ALEJANDRO MORENO SANCHEZ, mediante correo electrónico del 10 de agosto de 2022 (Folio 31).
- JOSE DGAR BOLAÑOS CASTRO, mediante correo electrónico del 22 de julio de 2022 (Folio 17).
- WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS, mediante correo electrónico del 23 de agosto de 2022 (Folio 33).
- FERNANDO ALBEIRO DIAZ SALAMANCA, mediante correo electrónico de 25 de julio de 2024(Folio 19).

MEDIOS DE DEFENSA

Versión libre y espontánea:

- El señor JOSÉ ALEJANDRO MORENO SANCHEZ presenta escrito de versión libre el 12 de septiembre de 2022, (Folio 37 a 38).
- El señor WILMAR ANDRES BANDA presenta escrito de versión libre el 22 de septiembre de 2022, (Folio 49 a 50).
- El señor JOSE EDGAR BOLAÑOS CASTRO presenta escrito de versión libre el 20 de junio de 2023, (Folio 77 a 79).

Teniendo en cuenta que la totalidad de los investigados presentan versión libre, no es necesario para el despacho relacionar las notificaciones al auto de apertura.

MOTIVACIÓN JURÍDICO FISCAL

Teniendo claro el desarrollo procesal, se procede a iniciar el análisis del grado de consulta dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal, PRF-57-22 Folio 787 del L.R., no sin antes indicar que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, cuenta este Despacho con la competencia funcional y legal para el conocimiento, trámite y resolución en "GRADO DE CONSULTA" de la decisión proferida por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, de la Contraloría General del Cauca, a través del Auto de Archivo No. 28 de 29 de octubre de 2024, emitido dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal indicado.

Esta institución ha sido ampliamente analizada por la Honorable Corte Constitucional, frente a su procedencia, tal como se puede encontrar en la Sentencia C-055 de 18 de febrero de 1.993. M.P. Dr. José Gregorio Ordoñez Galindo, quien establece:

"La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso, y en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al Juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés



público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trate...

A diferencia de la apelación, no es recurso. Por eso no hay apelante y por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una solo a ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído sometido a su conocimiento. Pero desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta donde podrá llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión”.

Así mismo, es relevante traer a colación lo mencionado por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-968 de 2003, reiterada en la Sentencia C-670 de 2004, en la que se califica como “un control automático, oficioso y sin límites, al punto que no se le aplica el principio de la no reforma en perjuicio”.

La Ley 610 de 2000, en el artículo primero conceptualiza lo referente al proceso de responsabilidad fiscal así:

“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la acción fiscal o con ocasión de ésta causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

La misma norma en el artículo 18, instituye el grado de consulta en los siguientes términos:

“Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso...”.

En Concepto EE142845 del 02 de septiembre de 2014, la Contraloría General de la República reitero que, en el proceso de responsabilidad fiscal, el Grado de Consulta no es un medio de impugnación, sino una institución procesal mediante la cual el superior de quien dicta una providencia en primera instancia está habilitado para revisarla o examinarla oficiosamente, es decir, sin que medie petición de parte.

En estos casos, la competencia funcional es automática y, por ende, contra la decisión no proceden recursos.

El funcionario que la profiere debe enviar el expediente dentro de los tres días siguientes (Ley 610 de 2000), al superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones.

El grado de consulta se activa en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y procede en los siguientes casos:



"(...)

1. **Cuando se dicte auto de archivo.**
2. *Cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal.*
3. *Cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por apoderado de oficio".*

En armonía con la jurisprudencia, y la norma en cita, es procedente surtir **EL GRADO DE CONSULTA** en el caso *sub-examine*, para amparar el interés público, el ordenamiento jurídico y la tutela de los derechos y prerrogativas fundamentales, como quiera que es una obediencia legal que se demanda respecto de las actuaciones del órgano de control en lo que respecta a las providencias de Auto de Archivo.

El artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que establece:

"ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma".*

Teniendo en cuenta el desarrollo procesal, advierte el Despacho, que no se encuentra vicio alguno en el curso del proceso adelantado por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, sin embargo, se hace necesario analizar con mayor detalle las irregularidades y hechos por los cuales se estableció el hallazgo fiscal trasladado al Auto de Apertura Proceso de Responsabilidad Fiscal.

En concordancia con lo anterior es competente este Despacho para analizar el auto de archivo enviado por Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, donde no se encontró mérito para imputar responsabilidad fiscal en contra de los investigados.

Según lo evidenciado dentro del auto de archivo objeto de análisis así como en el expediente, se establece que de los hechos dados a conocer en el informe del equipo auditor, dentro de la Auditoría Especial de la Denuncia No. 035 de 2019, vigencia 2017 y enero de 2019, practicada a la Empresa de Servicios Públicos del Municipio de Mercaderes – EMPOMER E.S.P., se determinó hallazgo fiscal por ausencia de soportes de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 002 del 02 de enero de 2019 y no de los contratos de prestación de servicios mencionados en el hallazgo F5-F29-011-2019 y F5-F29-025-2019 suscritos con el mismo contratista con objetos diferentes, el presunto daño patrimonial se estableció en UN MILLON CIENTO VEINTE MIL PESOS M/CTE (\$1.120.000), suma cancelada al contratista sin soportes y derivado del contrato No. 002 de 2019, tal como lo evidencia el Comprobante de Egreso No.273 del 31 de enero de 2019.

Se observa que a folios 88 y 91 reposan dos certificaciones expedidas por la Gerencia de EMPOMER E.S.P. en las que se indica que, una vez revisadas las conciliaciones bancarias, soportes y extractos bancarios de la cuenta de ahorros No. 321160000576 no existe el Comprobante de Egreso No. 273-2019 ni cheque que evidencie que se efectuó pago por valor de (\$1.120.000) a favor del señor WILMAR ANDRES BANDA.

Haciendo uso del derecho de defensa, se hace necesario traer a colación algunos de los apartes más relevantes de las versiones libres y espontáneas rendidas por los implicados en el asunto objeto de disenso quienes manifestaron lo siguiente:

"(...) Jos Alejandro Moreno Sánchez, que en el momento de asumir el encargo de a Gerencia de EMPOMER E.S.P., por acta de posesión 002, de fecha 2 de febrero del 2019, firmada por el señor alcalde Alcy Muñoz Perdomo, en secuencia a dicho acto se procedió a realizar la aprobación del presupuesto de la vigencia 2019, la cual se dio el 2 de febrero mediante acto administrativo Decreto No. 028.

1.2. el contrato que se le realizó al señor WILMAR ANDRES BANDA para la fecha de 2 de enero de 2019, no se contaba con aprobación de presupuesto y no contaba con disponibilidad presupuestal, como consta en los actos administrativos mencionados anteriormente, toda vez que el presupuesto se aprobó en el mes de febrero, por tal razón desde mi gerencia se realizó el análisis de dicho contrato el cual carecía de soporte financiero y se negó a un acuerdo con el trabajador de realizar la liquidación bilateral de dicho contrato y generar nuevos contratos a partir de la fecha en que ya se contaba con la aprobación del presupuesto

1.3. En cuanto al incremento de los contratos de los trabajadores de prestación de servicios de la entidad, fue un acuerdo que se llegó con el trabajador toda vez que manifestó que lo que se les estaba remunerando no era lo justo, para lo que se realizó el análisis financiero correspondiente para no poner en riesgo las finanzas de la empresa y además se analizó con el equipo contable basados en el presupuesto aprobado para la vigencia 2019, a lo que se concluyó que dicho incremento no tenía aceptación al presupuesto de la entidad, ni ponía en riesgo la prestación del servicio, por el contrario mejoraría toda vez que los trabajadores realizaban otras actividades que se les asignaba previamente, como apoyar el proceso de mantenimiento del alcantarillado, apoyo en el momento de daños en las redes de acueducto, como se puede evidenciar en fotos, (...)

1.4. los contratos de prestación de servicios que se dieron en el hallazgo de la Contraloría General del Cauca se evidencia una falta, en cuanto a que se encontraron mes a mes desde enero a diciembre de 2019, sin que el tiempo ni las actividades se hubieran dado, situación que para nosotros fue gravosa por parte del gerente saliente el señor JOSE EDGAR BOLAÑOS.

1.5. Solicito se le pida a la entidad EMPOMER ESP que solicite los comprobantes de egreso de todo el año 2019, donde se podrá evidenciar que no se generaron pagos a los contratos realizados por el señor José Edgar Bolaños, toda vez que para la entidad esos contratos carecían de validez administrativa por falta del lleno de requisitos, aprobación de presupuesto vigencia 2019, como tampoco se contaba con disponibilidad presupuestal para la creación de dichos contratos, acto irresponsable del gerente saliente de entonces. (...)"

WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS "(...) que no tengo conocimiento del porque dos contratos que aparecen por diferente valor con un incremento de \$380.000, desconozco totalmente ese incremento, la cual yo no recibí ese dinero, porque mis honorarios que recibía eran del valor de \$950.000 el pago era en efectivo, teniendo en cuenta que del \$1.500.000 que figuraba mi contrato pagaban salud y me entregaban lo ya mencionado antes. PREGUNTADO. Teniendo en cuenta que esta diligencia es una versión libre, autoriza usted para que el despacho le formule algunas preguntas. CONTESTO. Sí, claro PREGUNTADO. En su condición de contratista informe a este despacho cuantos contratos firmó en la vigencia 2019 con la empresa EMPOMER E.S.P., CONTESTO: No recuerdo cuantos contratos firme porque ha pasado mucho tiempo. PREGUNTANDO: manifieste a este Despacho, si existen soportes que evidencien la ejecución a satisfacción del contrato, de



ser afirmativa la respuesta, podría por favor indicar cuáles fueron los soportes de ejecución del contrato entregados como contratista. CONTESTO: yo hice la actividad pero no continuamente porque mi función era realizar otras actividades como arreglo de daños de acueducto, entrega de facturas, el movimiento de válvulas, también realizaba suspensiones en si lo que yo hacía era el trabajo de fontanería. PREGUNTANDO: cuando usted manifiesta que el pago se realizaba en efectivo puede explicar al despacho quien le entregaba el dinero o de qué forma se realizaba. CONTESTO: el cheque me lo entregaba LUVY JHOANA LOPEZ, quien trabajaba en la parte de los contratos, por valor de \$1'500.000, yo lo firmaba y lo iba a cobrar al Banco Agrario, de ahí entregaba el dinero a la misma persona que me daba el cheque, yo firmaba unos documentos y de ahí ella me entregaba la suma de \$950.000, libras de lo del pago de salud, porque quien me pagaba la salud era ella. PREGUNTADO. Manifieste a este despacho si tenía conocimiento de quien era el supervisor del contrato. CONTESTO: no se quien supervisaba el contrato. PREGUNTANDO: en algún momento se le solicito presentar informe respecto a la ejecución del contrato. CONTESTO: no informe no me solicitaron (...) "adjunta a su versión libre: CD con soportes de los contratos CPS F5-F29-011-2019 y CPS F5-F29-025-2019(Folio 49), Estudios Previos CPS No. 002 del 02 de enero de 2019 (Folio 50 a 53), Contrato CPS No. 002 del 02 de enero de 2019 (Folio 53 rv a 54), Cuenta de cobro del 31 de enero de 2019 (Folio 54 rv)

JOSE EDGAR BOLAÑOS, "(...) no tengo conocimiento del incremento al valor del contrato, cuando el valor inicial era de 13.440.000 mil pesos, y no de 18.00.000 de pesos que es la suma que se crea del valor de 1.500.000 mil pesos mensuales; debido al incremento que se generó de los 380.000 mil pesos que son la suma de los 11 meses para un total de 4.180.000 mil pesos que genera el detrimento. Estos pagos no los realizo el señor JOSE EDGAR BOLAÑOS. Con respecto a los contratos F5-F29-011-2019 Y F5-F29-025-2019 no fueron suscritos bajo mi gestión, por lo tanto no podría dar mayor explicación. PREGUNTADO. (...)PREGUNTADO. En su condición de Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios de Mercaderes EMPOMER E.S.P. Informe a este despacho cuantos contratos firmó en la vigencia 2019 con el señor WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS, CONTESTO:1 (UNO) correspondiente al mes de enero de 2019. PREGUNTANDO: Manifieste a este Despacho, si existen soportes que evidencien la ejecución a satisfacción del contrato, de ser afirmativa la respuesta, podría por favor indicar cuáles fueron los soportes de ejecución del contrato entregados por el señor WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS como contratista. CONTESTO: NO, el archivo en su momento sufrió daños por causas invernales y los archivos se deterioraron, pero se dejó como evidencia dentro del proceso archivo en digital. PREGUNTANDO: Manifieste a este despacho quien era el supervisor del contrato. CONTESTO: manifiesta que era el señor JOSE EDGAR BOLAÑOS. PREGUNTANDO: en algún momento usted solicito presentar informe respecto a la ejecución del contrato. CONTESTO: manifiesta que sí, con el mes que se le cancelo se le solicito el informe de la ejecución (...)"

De las pruebas mencionadas comparte el presente Despacho, con lo expuesto por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en el sentido que se demostró el cumplimiento del objeto contractual aportando los documentos que en la estructuración del hallazgo fiscal por el equipo auditor, fueron el insumo para determinar y cuantificar el presunto detrimento patrimonial.

En concordancia con lo anterior encuentra conforme el Despacho la decisión de Archivo, tomada por la Oficina de Responsabilidad Fiscal, no encontrando probado el daño, si bien la Contraloría es un órgano autónomo, cada actuación está sometida a



principios Constitucionales y disposiciones legales, tales como el principio de legalidad, la **necesidad de la prueba, libertad probatoria y apreciación integral de las mismas** a la hora de continuar o no con el proceso de Responsabilidad Fiscal, entonces que para determinar la responsabilidad fiscal es necesario tener claridad sobre el hecho generador del daño, si bien el hallazgo constituye prueba para aperturar el proceso, no le es dable al ente de control continuar con un proceso de responsabilidad fiscal sin tener un **acervo probatorio robusto** que indique responsabilidad.

De modo que resulta importante recalcar el **principio de necesidad de la prueba**, la importancia y necesidad de las mismas, cuya carga se encuentra en cabeza del ente del ente de control, en concordancia con los artículos 22 al 32 de la ley 610 de 2000, que indican:

"(...) Artículo 22: Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso".

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

Artículo 25: El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.

Artículo 26: Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Artículo 30: Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes (...)"

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, considera este despacho que el daño endilgado por la Dirección de Auditorías y Control Fiscal Participativo, no se encuentra debidamente probado, a contrario sensu, las partes vinculadas aportaron pruebas que permiten dilucidar una debida ejecución contractual, por lo cual, es claro que el proceso no cumple con los presupuestos para continuar con el proceso de responsabilidad fiscal.

Cabe resaltar que bajo el principio de necesidad de la prueba, el daño mismo debe ser probado y soportado a través de los medios legales de prueba y con el lleno de los requisitos y reglas atinentes a cada uno, es por esto que la Ley 610 de 2000, en sus artículos 22 a 32 trae unos principios que deben tenerse en consideración al momento del Decreto y práctica de las pruebas con fundamento en las cuales se van a tomar las decisiones, aún más cuando como órgano de investigación fiscal nos corresponde demostrar los hechos en los que fundamentamos los hallazgos, para desvirtuar la presunción de inocencia de los investigados, en otras palabras en nuestra entidad se encuentra la carga de la prueba con la que se pretende responsabilizar a aquellos servidores públicos y/o particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio, incluso por vía funcional, en virtud de lo anterior es claro para el Despacho que la Dirección Técnica de Auditoría y Control Fiscal Participativo no logro configurar el daño fiscal.

En virtud de lo anterior encuentra este Despacho, que no se configuro el daño fiscal desde el hallazgo, este entendido como el menoscabo, la disminución, el perjuicio, detrimento, la pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses



patrimoniales del Estado, el cual es definido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, así:

“Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta Ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, 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 produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público...”

Teniendo en cuenta el escenario planteado, es importante traer al caso el concepto sobre los elementos de la responsabilidad fiscal emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 15 de septiembre de 2007 Consejero Ponente GUSTAVO APONTE SANTOS:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto.”

Es importante mencionar que, para encontrar responsabilidad fiscal sobre el organismo o entidad, debe quedar demostrada la existencia de estos tres elementos. Sin uno de ellos no podrá imputarse una afectación o daño patrimonial a la administración. En este sentido, este Despacho analiza lo dicho por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva relativo a esta discusión:

“(...) En primer lugar hay que tener en cuenta que sin culpa no hay responsabilidad fiscal: En atención que la responsabilidad fiscal que declaran las Contralorías se edifica sobre un trípode integrado por un daño o afectación al patrimonio público, una conducta y una relación causa-efecto entre ellos, denominado nexo causal y que los presuntos implicados hayan actuado de mala fe o con malicia (...)”

“(...) Con el aporte de los elementos probatorios de carácter documental que se mencionan, esto es la propuesta económica, contrato 096-2019, las facturas y los comprobantes de egreso y acta de liquidación final se descarta la posibilidad de un daño patrimonial sobre el presupuesto de la entidad estatal, desvirtuándose por sustracción de materia los dos elementos restantes; como consecuencia no es posible predicar una responsabilidad de tipo fiscal (...)”

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU-620-96, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, precisa que para determinar el daño se debe acudir al siguiente análisis:

“Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”

De acuerdo a lo expuesto, para este Despacho se torna evidente la escasez del material probatorio que permita endilgar daño, al contrario se cuenta con pruebas documentales y testimoniales que apuntan a demostrar, la ejecución contractual y el beneficio de la misma, motivo por el cual, el Despacho considera que es procedente dar aplicación a lo normado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000:

En ese orden de ideas, del análisis integral de las pruebas que soportan el hallazgo fiscal No. 136 del 26 de agosto de 2021, no encuentra el Despacho que se haya presentado daño patrimonial para el Estado.

VINCULACIÓN DEL GARANTE

Observa este Despacho que dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal, y de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, a folios (folios 66 a 68), se encuentra que mediante auto de vinculación No.3 del 12 de abril de 2023, se vinculó dentro del mismo como tercero civilmente responsable a la compañía LA PREVISORA S.A. 860.009.400-2, conforme a la póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000176, vigencia 23 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2019, valor asegurado (\$1.000.000,00) y la póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000164, vigencia desde 02 de febrero de 2018, al 02 de febrero de 2019 valor asegurado (\$2.000.000,00).- Tomador: EMPOMER- EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE MERCADERES CAUCA.

Que revisado el contenido del Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 28 de 29 de octubre de 2024, se evidencia que dentro del mismo no se pronuncia sobre la desvinculación de la Compañía de Seguros vinculada como tercero civilmente responsable: LA PREVISORA S.A. 860.009.400-2, por lo que siendo objeto de pronunciamiento en grado de consulta se procederá a modificar el mismo en el sentido de incluir adicionando un artículo, en el cual se ordena en la parte resolutive de esta providencia la desvinculación de LA PREVISORA S.A., para que la misma sea notificada a la compañía de seguros.

En consecuencia, de lo anterior, no encuentra esta instancia mérito para continuar con las presentes diligencias fiscales, por lo que es pertinente dar aplicación a lo normado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000:

“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.”

Por esta razón, este Despacho confirma la decisión tomada en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que se tramita por el procedimiento ordinario PRF-57-22 Folio 787 del L.R., mediante Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 28 de 29 de octubre de 2024.

En mérito de lo expuesto, el Contralor General del Cauca,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar el contenido del Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal Procedimiento Ordinario No. 28 de 29 de octubre de 2024., dictaminado dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-57-22 Folio 787 del L.R, proferido por la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Cauca, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar el artículo Segundo de la parte resolutive del Auto de No.28 del 29 de octubre de 2024, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 57-22 Folio 787 del L.R, para que se proceda al archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, procedimiento ordinario, radicado bajo partida PRF-57-22 folio 787 LR, de los señores JOSE ALEJANDRO MORENO SANCHEZ, identificado con C.C. 10.294.317, vinculado en calidad de Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos EMPOMER E.S.P, JOSE EDGAR BOLAÑOS CASTRO, identificado con C.C. 10.591.964 vinculado en calidad Ex – Gerente de la Empresa Oficial de Servicios Públicos EMPOMER E.S.P, y WILMAR ANDRES BANDA BOLAÑOS identificado con cedula de ciudadanía No 10.593.553 vinculado en calidad de Contratista para la época de los hechos.

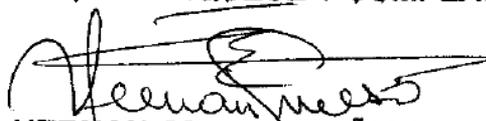
ARTÍCULO TERCERO: Modificar para adicionar el Auto de archivo No.28 del 29 de octubre de 2024, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 57-22 Folio 787 del L.R, en el sentido de ordenar la desvinculación del Tercero Civilmente Responsable, Compañía de Seguros LA PREVISORA S.A. 860.009.400-2, póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000176, vigencia 23 de agosto de 2018 al 23 de agosto de 2019, valor asegurado (\$1.000.000,00) y póliza de seguro de manejo sector oficial, No. 3000164, vigencia desde 02 de febrero de 2018, al 02 de febrero de 2019 valor asegurado (\$2.000.000,00).- Tomador: EMPOMER- EMPRESA OFICIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE MERCADERES CAUCA.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar por estado la presente providencia a los vinculados y/o sus apoderados especiales.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar levantar las medidas cautelares decretadas si las hubiere, teniendo en cuenta que estas solo proceden para las medidas adoptadas dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-57-22 Folio 787 del L.R, sin que afecte medidas de ninguna otra índole o de otros procesos.

ARTICULO SEXTO: Devuélvase el expediente a Secretaría Común de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para que continúe con los trámites de ley.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HERNAN GRUESO ZUÑIGA
Contralor General del Cauca

Radicado bajo partida a folio del L.R.
Proyectó: MLG/DJ
Revisó: MLG/DJ

Carrera 7 No. 1N-66 Segundo Piso Edificio Lotería del Cauca Popayán
PBX 8237269 - Línea gratuita 018000 913 900
www.contraloria-cauca.gov.co – contactenos@contraloria-cauca.gov.co
Código Postal: 190003