



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Auto No. 1600.20.11.21.144

Agosto 5 de 2021

**"POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA E IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL
MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO VERBAL"**

EXPEDIENTE No 1600.20.11.21.1458

ASUNTO

Se evidenció que EMCALI EICE ESP, al comparar el archivo de Excel suministrado por el contratista durante la visita de auditoría y que contiene el registro de las actividades realizadas durante la ejecución del contrato, con el documento acta de recibo parcial de servicios del mes de diciembre de 2019 (acta de pago No.3) se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en al acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas).

ENTIDAD AFECTADA:

EMCALE EICE

VINCULADOS:

Fernando Contreras González
Cédula de ciudadanía No.16.646.731
Jefe del departamento de Distribución de Energía
Supervisor

R.O.R. INGENIERIA S.A.S.
NIT No. 89030227-4
Representante Legal, René Antonio Orozco
Restrepo.
Cedula de ciudadanía No. 8.276.197

CUANTIA:

\$257.057.621

PROCESO:

PROCEDIMIENTO VERBAL

INSTANCIA:

DE DOBLE INSTANCIA

COMPAÑÍA ASEGURADORA:

Compañía de seguros Allianz Seguros S.A. NIT
860.026.182-5Póliza de Manejo Estatal N°
22753049 Certificado N° 899127115

COMPETENCIA

(Ley 610/00 Art. 41-1)

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, es competente para proferir el presente Auto, de conformidad con los artículos: 268 numeral 5 en armonía con el 272 de la Constitución Política; 2 y 4 del Decreto Ley 403 de 2020, Ley 610 de 2000 modificada por el Decreto Ley 403 de 2020, Acuerdo Municipal N° 0160 de 2005 y el Manual de Funciones.

ANTECEDENTES

La Contraloría General de Santiago de Cali, en cumplimiento de su función constitucional y legal, realizó ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN, DENUNCIA FISCAL No. 485-2020, V.U. 100049652020 del 20 de octubre de 2020

El Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, fue elaborado por la Dirección Técnica ante EMCALI, remitido a esta dependencia mediante oficio No. 0100.08.01.20.265 de 27 de mayo de 2021, por la Señora Contralora General de Santiago de Cali, doctora MARIA FERNANDA AYALA ZAPATA.

En el Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, se enuncia como hecho presuntamente irregular:

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PRESUNTAMENTE IRREGULARES

¿Qué ocurrió? (Hechos):

Hallazgos Administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal No. 5

Comparando el archivo de Excel suministrado por el contratista durante la visita de auditoría y que contiene el registro de las actividades realizadas durante la ejecución del contrato, con el documento acta de recibo parcial de servicios del mes de diciembre de 2019 (acta de pago No.3) se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas), diferencias que se ilustran en el cuadro No 1

Cuadro No.1 DIFERENCIAS DE CANTIDADES MES DE DICIEMBRE DE 2020

| Ítem contractual | Unidad | Cantidades acta de recibo | Cantidades archivo contratista |
|------------------------|--------|---------------------------|--------------------------------|
| Arbol grande | Und | 1672 | 1137 |
| Arbol mediano | Und | 1995 | 1742 |
| Arbol pequeño | Und | 772 | 583 |
| Metro lineal | Und | 12609 | 4503 |
| Subestaciones | | 17 | 13 |
| Emergencia canasta HO | Horas | 55 | 217 |
| Emergencia canasta HF | Horas | 64 | 117,5 |
| Emergencia Tierra HO | Horas | 32 | 31,27 |
| Emergencia Tierra HF | Horas | 40 | 144 |
| Recolección Emergencia | Horas | 0 | 37,87 |

Fuente: EMCALI y archivo suministrado por el contratista

Las diferencias reportadas en el cuadro anterior conllevaron a la entidad a realizar un pago por valor de \$718.061.990, cuando según los registros de la ejecución aportados por el contratista, el pago debió de ser de \$461.004.369, lo que arroja una diferencia de \$257.057.621 en lo que corresponde al mes de diciembre

Presuntas normas vulneradas:

Vulnerándose presuntamente los principios constitucionales de responsabilidad y eficiencia señalados en los artículos 6 y 209 en concordancia con el artículo 7 literal e) y

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

m) del Manual de Contratación de EMCALI EICE ESP adoptado mediante Resolución No. 00043 del 15 de diciembre de 2016. Norma Complementaria 8.

Supervisión y Control de la Contratación, numerales 5.1 literales, c), k); 5.3 literal j); 5.4 literal n) y p), y artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

Presunto detrimento:

\$257.057.621

¿Cuándo? (Fechas):

Diciembre 30 de 2020

¿Cómo? (Método):

En Actuación Especial de Fiscalización, Denuncia Fiscal No. 485-2020 V.U. 100049652020 de octubre 20 de 2020, Realizado por la C.G.S.C.

¿Por qué? (Causas):

Lo anterior presuntamente causado por falta de control y seguimiento a los registros y soportes presentados por el contratista

Presuntos responsables:

Fernando Contreras González
Cédula de ciudadanía No. 16.646.731
Jefe del Departamento de Distribución de Energía- supervisor

R.O.R.INGENIERIA S.A.S
NIT No. 890930227-4
Representante legal. René Antonio Orozco Restrepo
Cédula de ciudadanía No. 8.276.197

MATERIAL PROBATORIO QUE SUSTENTA EL HALLAZGO

Informe final de auditoría (PDF - Oficio Remisorio Informe Final de Radicado No. 1400.23.01.21.194 del 26 de abril de 2021 (página 24 a 25 de 25))

Copia de la póliza que ampara el hecho generador del daño y/o cubre el riesgo del gestor fiscal y vigentes a la fecha del traslado del hallazgo, Póliza No. 22753049 - Copia de la póliza que ampara el hecho generador del daño y/o cubre el riesgo del gestor fiscal y vigentes a la fecha del traslado del hallazgo

Compañía de Seguros CONFIANZA Póliza No. 004117 aprobado 18 de septiembre de 2019 del CONTRATO No. 500-CM-1611- 2019 Póliza de Responsabilidad

Copia del acto administrativo de nombramiento y posesión de los presuntos responsables, incluido salario actual-Hoja de Vida Fernando Contreras, jefe del Departamento de Distribución de Energía Supervisor vigencia 2019

Copia del manual de funciones de los cargos de los presuntos responsables- Resolución No. GG-000800 del 09 de noviembre de 2016 por medio del cual se establece el Manual de Funciones de EMCALI EICE ESP

Copia del formato único de hoja de vida de los presuntos responsables. Hoja de Vida Fernando Contreras, jefe del Departamento de Distribución de Energía Supervisor vigencia 2019 (6 Páginas) contratista – ROR INGENIERIA SAS Existencia de representación legal, cedula y RUT

Copia de la cédula(s) de ciudadanía de los presunto(s) responsable(s)

Copia contrato No. 500-CM-1611-2019 (12 paginas)

Copia de las facturas- Acta de pago No. 3 y Factura No. 15539 (2 paginas)

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Designación de Supervisión

Copia órdenes de pago- CDP No. 201901696 (1 pagina) Registro Presupuestal No. 201906433 (1 pagina)
CDVF No. 201900009 (1 pagina)
Designación de Supervisión (2 pagina)

Otros documentos que sustentan la materialización del detrimento patrimonial- Manual de Contratación
EMCALI EICE ESP Acta de Recibo Parcial de Servicios Informe No 3 periodo de ejecución 01 al 31 de diciembre de 2019 Papeles de Trabajo (3 pagina)

Respuesta de la entidad

(...)

En consecuencia de los anterior necesitábamos que a partir del 7 de octubre de 2019 el Contratista disminuyera los tiempos de la logística inicial para la operativización del Contrato en un 100 % en el menos tiempo posible, Por estas razones se dejaron unas actividades prioritarias dentro del cronograma de trabajo para desarrollar en el primer mes y a medida que fueran superadas se desarrollaban las otras en el cual impacto operativo era de menor riesgo entre ellas el software de gestión y sistematización de las actividades de mantenimiento preventivo y correctivo de podas árboles. Por lo anterior el manejo de la información se efectuó en forma manual y en formatos preestablecidos para conciliar las actividades pactadas. Esta información reposa en los archivos de la supervisión en forma física y memorias en Excel. Durante el desarrollo de la Auditoria de la Contraloría Municipal en ACTUACIÓN ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN ante una queja ciudadana nunca se entrevistó o se citó a declarar al funcionario que fungía como Supervisor del Contrato No. 500-CM-1611-2019 para que suministrara la información requerida por la Contraloría" (...)

(...)
" Con relación a la segunda parte del hallazgo de las diferencias en la facturación del mes de febrero 2020 en los diferentes ítems de emergencias, se debe a que en el archivo soporte en formato Excel ("DATOS FACTURACION FEBRERO 2020) no se encontraban desglosados los diferentes ítems en la hoja de cálculo llamada "CALCULO EMERGENCIAS" (a pesar de que en la hoja de cálculo llamada "BD EMERGENCIAS" se encuentran calculadas) y es muy probable que esto no haya permitido la correcta interpretación de la facturación." (...)

FUNDAMENTOS DE HECHO

(Ley 610/00 Art. 41. 2)

1. LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE, es sujeto de control fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 42 de 1993. y lo que establece el artículo 4º del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020. Por ser sujeto de control, está sometido a la vigilancia de la gestión fiscal, por parte de la Contraloría General de Santiago de Cali.
2. En la ejecución del contrato No.500-CM-1611-2019,

Tal como lo menciona el proceso auditor EMCALI, Comparando el archivo de Excel suministrado por el contratista durante la visita de auditoría y que contiene el registro de las actividades realizadas durante la ejecución del contrato, con el documento acta de recibo parcial de servicios del mes de diciembre de 2019 (acta de pago No.3) se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en al acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas)

Cita la comisión de auditoría como presuntos responsables fiscales a:

Fernando Contreras González
Cédula de ciudadanía No. 16.646.731

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Jefe Departamento de Distribución de Energía- supervisor

R.O.R.INGENIERIA S.A.S

NIT No. 890930227-4

Contratista

Representante legal. René Antonio Orozco Restrepo

Cédula de ciudadanía No. 8.276.197

El Jefe del Departamento de Distribución de Energía, quien funge en este caso como supervisor aquí enunciado, es sujeto de la acción fiscal, por cuanto, de acuerdo a las funciones del supervisor; de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda, así mismo tiene la obligación de informar al ordenador del gasto de manera oportuna de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, a fin de evitar la comisión de un acto de corrupción y se pueda evitar los perjuicios que se ocasionen un daño al patrimonio público, situación que no fue tenida en cuenta, lo que se manifiesta en una gestión fiscal antieconómica, inadecuada, además de transgredir los principios constitucionales de responsabilidad y eficiencia señalados en los artículos 6 y 209 de la Constitución Política, en concordancia con el Manual de funciones de EMCALI EICE ESP, la falta de control y seguimiento a los registros soportes por el contratista, ocasionó detrimento en cuantía de (\$257.057.621).

En cuanto a la vinculación de las personas que no ostentan la calidad de gestor fiscal, se recuerda que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, el objeto de la responsabilidad fiscal se hace extensivo a los servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del daño al patrimonio público, así:

"ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. <Artículo modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARÁGRAFO. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad."

Adicionalmente y con fundamento en lo estipulado en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en las irregularidades evidenciadas en la contratación y para efectos de darle aplicación a la solidaridad, se vinculan al proceso de responsabilidad fiscal, además del ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante, al contratista y a las personas que concurren al hecho:

"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial."

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

PRUEBAS

Se dispone por este Despacho tener como pruebas los documentos allegados en calidad de evidencias con el informe de traslado de hallazgo proveniente de la auditoría realizada por la Dirección Técnica ante EMCALI EICE llamado: Actuación Especial de Fiscalización No. 485-2020, V.U. 100049452020 del 20 de octubre de 2020

Pruebas documentales

Las presentes pruebas documentales se extraen del en lace aportado por el Despacho de la señora Contralora que acompaña el informe auditor, así:

Actas de pago de la No. 1 a la No.9

Manual de contratación de EMCALI

Oficio de designación de supervisor

Informes de supervisión

Respuesta e la entidad

Ayuda de memoria No. 4

Manual de funciones

Informe preliminar

Informe final

Pólizas

Compañía de seguros Allianz Seguros S.A. NIT
860.026.182-5 Póliza de Manejo Estatal N°
22753049 Certificado N° 899127115
De 20/09/20 HASTA 21/09/21

ANALISIS PROBATORIO

De acuerdo con lo observado por el proceso auditor, en la atención a la Actuación Especial de Fiscalización No. 485-2020, V.U. 100049452020 del 20 de octubre de 2020, a EMCALI EICE ESP, la entidad, ocasionó detrimento patrimonial al pagar diferencia entre las cantidades que registra el contratista y las que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes, documento base para el pago de las actas, diferencia que asciende a la suma de \$257.057.621, los hechos expuestos una presunta incidencia fiscal como lo preceptúan los Artículos 5 y 6 de la Ley 610 de 2000 modificados por los Artículos 125 y 126 del Decreto 403 del 16 de marzo de 2020, por un detrimento patrimonial de \$170.000.000 y una presunta falta disciplinaria al tenor del numeral 1 del Artículo 34 de la Ley 734 de 2000, Código Disciplinario Único y el Artículo 126 del Decreto 403 del 16 de marzo de 2020;

Como lo describe, el equipo auditor que efectivamente se ha producido un presunto detrimento patrimonial valorado en la suma, de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SEICIENTOS VEINTIUN PESOS (\$257.057.621) toda vez, que considera que este valor, es superior al que debió pagar, dado que existe una diferencia entre lo reportado por el contratista y lo registrado en el acta de pago No. 3 de diciembre de 2020.

Para el proceso de responsabilidad fiscal y en el transcurso del desarrollo del presente auto de apertura e imputación conforme a los artículos 97 y siguientes de la Ley 1474 de 2011, se procederá a iniciar y llevar hasta su terminación proceso

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

verbal de responsabilidad fiscal, en donde le corresponderá a los actores del detrimento patrimonial responder la razón por la cual se pagó la suma de \$ 718.061.990, cuando según los registros de la ejecución aportados por el contratista, el pago debió ser de \$461.004.369, lo que arroja una diferencia de \$257.057.621, el no aplicar control y seguimiento a los registros soportes presentados por el contratista, conllevo a que la entidad, afectara su patrimonio en la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$257.057.621) diferencia entre cantidades de obras y contratista que se ilustran en el siguiente cuadro.

DIFERENCIA CANTIDADES DE DICIEMBRE 2020

| Item contractual | Unidad | Cantidad acta de recibo | Cantidades archivo contratista |
|------------------------|--------|-------------------------|--------------------------------|
| Árbol grande | Unidad | 1672 | 1137 |
| Árbol mediano | Unidad | 1995 | 1742 |
| Árbol pequeño | Unidad | 772 | 583 |
| Metro lineal | Unidad | 12609 | 4503 |
| Subestación | | 17 | 13 |
| Emergencia canasta HO | Horas | 55 | 217 |
| Emergencia canasta HF | Horas | 64 | 117.5 |
| Emergencia Tierra HO | Horas | 32 | 31.27 |
| Emergencia Tierra HF | Horas | 40 | 144 |
| Recolección Emergencia | Horas | 0 | 31.87 |

Fuente: EMCALI y archivo suministrado por el contratista.

Como se puede observar en el presente cuadro la entidad no tuvo en cuenta las cantidades reportadas por el contratista sino que por el contrario determino pagar cantidades que al parecer no se habían ejecutado, afectado así no solo el presupuesto del contrato sino que también afecto el patrimonio de la entidad.

Los servidores públicos están obligados a cumplir con la Constitución, la Ley y los reglamentos según el manual de funciones contemplado en la Resolución 00043 del 15 de diciembre de 2016, el Jefe del Departamento de Distribución de Energía entre otras tienen el deber de dirigir controlar coordinar el cumplimiento programas proyectos, procesos y actividades de la empresa, de acuerdo con la normatividad vigente y las necesidades del servicio para el cumplimiento de su misión; para el presente caso este servidor tiene la calidad de supervisor del contrato, hecho este que hace su situación mas gravosa toda vez que el legislador al expedir la Ley 1474 de 2011, les dio unas responsabilidades a los interventores al igual que los supervisores de los contratos.

Encuentra este Despacho que es inaceptable, que este servidor público, no dieran cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política, la Ley, decretos, y manuales de funcionamiento, en cuanto a que según lo expuesto por el proceso auditor, al se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas) en la suma de \$257.057.62, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, el cual modificó el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, ocasionando un detrimento en las arcas de las entidades afectadas por la decisión del supervisor, por no hacer un adecuado control y seguimiento a los registros y soportes presentados por el contratista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tendrá el Despacho como fundamentos de Derecho la siguiente normatividad:

Artículo 6 de la Constitución Política que señala que: "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

El artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, establece: "a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

El auto de apertura e imputación indicará el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remitirá la citación para notificar personalmente esta providencia. Luego de surtida la notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante; (...)"

La Ley 610 de 2000, en su artículo 48 señala:

"Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados (...)"

La misma Ley en su artículo 3° señala:

"Para 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."

De conformidad con lo anterior el proceso de responsabilidad fiscal se entiende como el conjunto de actividades desarrolladas con el propósito de determinar responsabilidades que se deriven de la Gestión Fiscal de los servidores públicos, o de los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos del Estado, y que siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional se realiza con el propósito específico de la protección y garantía del patrimonio público, buscando la reparación de los daños que este haya podido sufrir como consecuencia de la gestión fiscal irregular.

Normatividad vulnerada en el caso concreto.

En el asunto bajo examen, se evidencia la presunta violación de la siguiente normatividad:

Indica que: "... el artículo 6 de la Ley 610 de 2002, art. 209 principios de eficiencia y economía, art 3 del Decreto 403 de 2020 (Principios de la vigilancia del control fiscal, como el el principio de responsabilidad, artículo 6 de la ley 610 de 2002, modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020,

A su vez el Despacho considera la vulneración del Artículo 8 de la Ley 42 de 1993 modificado por el el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, principios contenidos en el Artículo 209 los que más adelante serán citados, igual el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 así:

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Ley 610 de 2000, artículos 3 y 6 discriminados de la siguiente manera a saber:

"TERCERO: 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"
(...)

Artículo Sexto modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020

SEXTO: 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, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo."

Si subsumimos el hecho objeto de la presente actuación, es obvio que el mismo se encuentra en oposición con la definición del artículo 3º antes citado, pues la presunta irregularidad, corresponde a una gestión antieconómica, inadecuada e incorrecta, por parte de los sujetos procesales vinculados a esta actuación, toda vez, que con su poder de decisión y ejecución no cuidaron ni manejaron correctamente los bienes o fondos a ellos encomendados, pues con su actuar desmedido se propició que se estableciera un daño en el patrimonio de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, EMCALI EICE..

Prescribe el artículo 209 de la Constitución Política

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho:

"El artículo 209 superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos) tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentra la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y por último, entre las organizaciones se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones" (Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999 M.P. Alfredo Beltrán).

Así mismo:

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

"En el artículo 209 se prescriben diversos principios fundamentales de orden administrativo que son vinculantes para todos los operadores jurídicos estatales. Su razón de ser estriba en la necesidad de racionalizar la gestión pública que, por su complejidad, a menudo compromete a más de una agencia del Estado, ora de niveles central o descentralizado, ora de diversos órdenes territoriales". (Sentencia C-071 del 23 de febrero de 1994. M.P. Alejandro Martínez).

Por su parte, relevando que el interés general ha de prevalecer en las actuaciones de la administración pública, el artículo 2 ibídem, dispone que:

"Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes garantizados en la Constitución".

Se precisa que los principios constitucionales gozan de poder vinculante, así lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, cuando expresó:

"Esta corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y "goza de poder vinculante en cuanto al sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma – sea de índole legislativa o de otro nivel – que desconozca o quebrante cualquiera de los fines señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios".

Esta disquisición sobre este catálogo de principios responde a la filosofía material que el ordenamiento jurídico le otorga a la Carta Política, como una derivación esencial de la cláusula del Estado Social de Derecho. Es decir que las normas jurídicas y el ejercicio de los postulados de la función pública y la función administrativa, deben estar orientados exclusivamente a la consecución de los fines que les son propios, y a garantizar los derechos fundamentales, mediante una actividad pública en la que prevalezca el criterio material o sustancial de las normas jurídicas sobre los simples efectos de mero carácter formal

Cada uno de los principios señalados se orientan a que el administrador de recursos del Estado debe desarrollar su gestión con arreglo a los principios antes señalados, y en este caso, se ven especialmente vulnerados los principios de eficiencia, eficacia, economía, moralidad que atienden a la asignación de recursos para obtención de resultados; lo que entrelaza con la consecución de los fines del Estado que se proclaman en el artículo 2 de la Carta Suprema: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

De los principios infraccionados tenemos:

Los principios de coordinación, responsabilidad, eficiencia, economía, moralidad, que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a **obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo**. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí mismo, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado.

Se debe tener en cuenta que en ejercicio de la función administrativa todo servidor público debe buscar cumplir con los fines estatales, la adecuada, continua y

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados, el trámite se debe adelantar "con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución de los mismos". La ley 489 de 1998, a su turno, reitera que la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Estamos frente a una gestión antieconómica, inadecuada e incorrecta de quienes con su actuar permitieron que trascurriera 103 días, para dar cumplimiento a un acto administrativo, el cual consistía en el pago de por la contribución adicional creada mediante Ley 1.955 de 2019, a la Superintendencia de servicios Públicos Domiciliarios

El no acatamiento del acto administrativo por parte del servidor público, encartado no solo es una falta disciplinaria si no que también afecta los recursos de la entidad como es el caso donde la entidad al pagar a pesar que se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en al acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas), afectando uno de los principios fundamentales en la función pública, como es el de Moralidad: La moralidad administrativa exige a los servidores públicos que se ajusten a la Constitución y a las leyes que rigen su actuar; cuando éstos se apartan del derrotero de la diligencia, cuidado, probidad y rectitud, desconocen el deber ser y queda huérfano, el impecable manejo, administración y gasto de los bienes públicos encomendados, por tanto, queda infraccionado este principio, como se presume de los hechos investigados.

Tenemos del principio de moralidad, en diversas oportunidades se han pronunciado las Altas Cortes, sobre el tema de la moralidad pública en comentario y en Sentencia 08001-23000-2003-00013-01 del 29 de enero de 2009, Sala de de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, precisa lo siguiente:

"MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Textura abierta / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Principio de la actividad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Desviación de poder / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Principio de legalidad

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. Ordenamiento jurídico que comprende no sólo los preceptos normativos establecidos en la ley, sino además los principios consagrados en la Constitución y la ley.

PATRIMONIO PUBLICO – Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Patrimonio público / PATRIMONIO PUBLICO - Concepto

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Ha señalado esta Sala la inescindibilidad que por regla general se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, dado que por regla general la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro. Se ha puntualizado que aunque "pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias...", en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros". Lo anterior no impide que se consolide la vulneración al patrimonio público con independencia de que exista o no violación a la moral administrativa, pero necesariamente el accionante debe demostrar la amenaza o el detrimento al patrimonio público, aspecto que debe ser estudiado a pesar de que no se haya acreditado vulneración a la moralidad administrativa. Por otra parte, la Sala se ha ocupado de señalar que: "Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cubre la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial. Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa."

En los términos que establece el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, no se requiere mayor argumentación para concluir que en este caso se ha vulnerado el principio de la moralidad administrativa, lo que conduce a deducir responsabilidad fiscal al encartado en el presente proceso, porque las pruebas conducen a colegir los hechos como ciertos.

Lo anterior, comporta en lógica simple, que tratándose del actuar de quienes participan, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del daño al patrimonio, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, han de operar los principios señalados por el ordenamiento Superior, desde la perspectiva del artículo 209, en armonía con lo pergeñado en el artículo 3° del CPACA, 8° de la Ley 42 de 1993 y 3° de la Ley 610 de 2000, principios que no pueden ser desairados por el gestor fiscal cuando le corresponde ejecutar actividades propias de la GESTION FISCAL, como es el caso de esta situación, en armonía con lo dispuesto en el Artículo 6° de la Carta Política.

Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

IDENTIFICACION DE LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA, DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

Ley 610 de 2000-Art. 41-4

La Entidad Estatal afectada es las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE, con domicilio en el Centro Administrativo Municipal torre EMCALI, de esta ciudad, representada legalmente por el Gerente y Como presunto responsable tenemos a los señores FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ con cedula No.

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

16.646.731, con domicilio en la Carrera 65 No. 1-50 Apto 203H, de esta ciudad, en calidad de supervisor y R.O.R. Ingeniería S.A.S, cuyo representante legal es el señor RENE ANTONIO OROZCO RESTREPO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.276.197, en calidad de contratista, con domicilio en la Calle 34 A No. 81 A-73, de esta ciudad

DETERMINACION DEL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO Y LA ESTIMACION DE SU CUANTIA

Ley 610 de 2000 Art. 41 num.5

El hecho generador del daño atrás dilucidado es cierto anormal y cuantificable en su real magnitud; en cuantía de Doscientos Cincuenta y Siete Millones Cincuenta y Siete Mil Seiscientos Veintiún Pesos (\$257.057.621)

DECRETO DE PRUEBAS CONDUCENTES Y PERTINENTES

Considera el Despacho necesario el decreto y practica de las siguientes pruebas:

Documentales:

Tener como pruebas, los documentos allegados por el proceso auditor, los que se encuentran en el enlace enviado por el despacho de la señora Contralora General de Santiago de Cali y que fueron allegados al plenario y los que se alleguen al expediente en el transcurso de la investigación.

MEDIOS DE DEFENSA – VERSION LIBRE

Para garantizar el derecho de defensa de los vinculados a este proceso de responsabilidad fiscal, se deberá escuchar en exposición libre y espontánea a los Señores, FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ y RENE ANTONIO OROZCO RESTREPO, como representante legal de la firma R.O.R. Ingeniería S.A.S., quienes podrán por sí mismos o a través de apoderado presentar argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas y solicitar y aportar las pruebas que pretendan hacer valer.

COMUNICACIÓN DEL INICIO DE ESTA ACTUACION

(Ley 610/00 Art. 41 Num. 8º)

Oficiar a la Gerencia de EMCALI EICE, para informarle del inicio de estas diligencias, y para que informen el salario del investigado señor FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ , devengado en calidad de supervisor y la última dirección registrada.

ORDEN DE NOTIFICAR A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

(Ley 1437/2011 Arts. 67 y s.s.)

Notificar la presente actuación a los sujetos procesales

Deberá notificarse a los sujetos procesal, en la forma y términos que regula el artículo 4º del Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, pero en el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, para el caso la señora:

VINCULACIÓN AL GARANTE

(Ley 610/00 Art. 44)

Acorde con la póliza allegada al plenario, a los señores FERNANDO CONTRERAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.646.731 en calidad

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

de supervisor del contrato y Jefe del departamento de Distribución de energía de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE, quienes para la época de los hechos, se encuentra amparados por póliza de seguros así:

Compañía de seguros Allianz Seguros S.A. NIT 860.026.182-5 Póliza de Manejo Estatal No. 22753049 Certificado No. 899127115 .

Valor asegurado \$800.000.000

Compañías Coaseguradoras ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT No. 850.026.182-5 con el 80% y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT No. 860.002.400-2 con el 20%

Por estar amparada la Gestión de el ordenador del gasto es responsable fiscal por la póliza de seguro antes identificada, por lo tanto, es **pertinente** la vinculación de los garantes al tenor del artículo 44 de la ley 610 de 2000 que señala:

"Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculara al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por este, con la indicación del motivo de procedencia de aquella". Concordado con el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011.

En sentencia de exequibilidad, C-648 de 2002, del citado artículo la Corte Constitucional, ha dicho: "(...) el papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza..."

CONSIDERACIONES DE LA DIRECCION PARA RESPONSABILIZAR

La tipicidad administrativa de la gestión fiscal, se encuentra fundamentada en los artículos 3 y 6 de la Ley 610 de 2000; adecuando los hechos constitutivos del Hallazgo Fiscal al mismo tenemos:

Los presuntos responsable del hecho Señores: FERNADO CONTRERAS GONZALEZ en calidad de supervisor quien tienen el deber de controlar y hacer el control y seguimiento acorde con los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 y la empresa R.O.R Ingenieria S.A.S, quien en calidad de contratista, tenía el deber de cumplir con las cláusulas contractuales y cobrar y recibir solo lo ejecutado dentro del contrato.

Presunto Detrimento:

\$257.057.621

Como se puede observar, y tal como lo relata el proceso auditor, el supervisor del contrato tenían el deber de realizar un adecuado control y seguimiento a los registros y soportes presentados por el contratista, situación que al parecer no se dio, toda vez que precisamente por falta de este adecuado control conllevo que los recursos previstos para la ejecución del contrato se agotaran en un periodo más corto, poniendo en riesgo la prestación sin interrupción del servicio de energía en los circuitos a intervenir, configurándose un presunto detrimento patrimonial por valor de \$257.057.621 fundamentado en lo establecido en el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, el cual modificó el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Antecedentes.

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Como anteriormente se ha expuesto y se define la siguiente OBSERVACIÓN:

Comparando el archivo de Excel suministrado por el contratista durante la visita de auditoría y que contiene el registro de las actividades realizadas durante la ejecución del contrato, con el documento acta de recibo parcial de servicios del mes de diciembre de 2019 (acta de pago No.3) se observan diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas).

Efecto:

El supervisor del contrato no dio aplicabilidad a sus funciones las cuales se encuentran en marcadas en los artículo 83 y 84 de la Ley 1474 de 2001, al igual que el contratista, quien a sabiendo que no había realizado todas las actividades registradas en el acta parcial permitió que se le cancelara un mayor valor de lo ejecutado, determinando una conducta reprochable, situación hubiere podido evitar el desmedro de estos recursos. Así las cosas es claro que el servidor público, al igual que el contratista con su actuar dilapidaron unos recursos económicos, toda vez que al momento de la Contraloría General de Santiago de Cali, atender la Actuación Especial de Fiscalización No. en mención a través del equipo auditor, encontró que se pago intereses moratorios por valor de \$1.504.599.000

El supervisor del contrato por ser servidor público de LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI, es responsables fiscalmente, al igual que la empresa R.O.R Ingeniería S.A.S., cuyo representante es el señor René Antonio Orozco Restrepo, a la luz del artículo 4 de la ley 610 de 2002 modificado por el artículo 124 del Decreto 403 de 2020, por lo tanto, tiene con el cumplimiento de sus funciones contribuyen la gestión de la dependencia para el cumplimiento de la misión y los objetivos de la misma, al establecer los mecanismos que permitan verificar, controlar, hacer seguimiento a los objetos contractuales el funcionario de

la entidad es responsable, en el caso concreto de cumplir con las actividades de supervisión, labor que se realizada cabalidad, no solo previene la dilapidación de los recursos del contrato sino que también contribuye a que se cumpla la misión y la visión de EMCALI, al igual que el contratista, cuando actúa con lealtad y solo cobra lo realmente ejecutado en el contrato.

Como se puede ver y observar, las pruebas son contundentes, el ordenar el pago de valores a pesar de la diferencia entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes documento base para el pago de las actas.

Lo anterior, por falta de control y seguimiento a los registros y soportes presentados por el contratista, el no dar cumplimiento a los fines constituyendo los hechos expuestos una presunta incidencia fiscal como lo preceptúan los Artículos 5 y 6 de la Ley 610 de 2000 modificados por los Artículos 125 y 126 del Decreto 403 del 16 de marzo de 2020, por un detrimento patrimonial de \$257.057.621, de acuerdo al informe del equipo auditor. la respuesta no es satisfactoria pues queda evidenciado que tanto el supervisor del contrato como el contratista con su falta de cuidado el uno y el otro por falta de lealtad afectaron a la entidad EMCALI EICE, un monto de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SITE MIL SIECIENTOS VEINTIUN PESOSO (\$257.057.621oo) .

ACREDITACION DE LOS ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y DETERMINACION DE LA CUANTIA DEL DAÑO AL PATRIMONIO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CALI

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

EL señor Fernando Contreras González, supervisor del contrato y la firma R.O.R. Ingeniería S.A.S , cuyo representante legal es el señor René Antonio Orozco Restrepo, en una acción injustificada, lograron que la entidad pagara mayores valores por diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en actas de recibo parcial de bienes.

Una vez analizadas las normas que se han infringido y que fundamentan la presente imputación de responsabilidad fiscal, debe satisfacerse los requerimientos impuestos por el artículo 48 de la ley 610 de 2000 para la expedición de la providencia, precisando la existencia de cada uno de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Fiscal conforme se señala en el artículo 5 de la norma en cita.

Artículo 5º. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal*
- *Un daño patrimonial al Estado*
- *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*

Para la metodológica de la providencia se agotará primero el elemento daño patrimonial al Estado, por ser el pilar fundamental para derivar responsabilidad de índole fiscal, en los términos que establece la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020 y su desarrollo jurisprudencial

CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL

"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, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo."

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 evento reprochado por el proceso auditor es:

Diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes (documento base para el pago de las actas),

ANALISIS DE LA CONDUCTA

Como se ha señalado y demostrado existe un daño al patrimonio público constituido, toda vez que se pago, un mayor valor, sin tener en cuenta las cantidades reportadas por el contratista por valor de \$257.057.621)

Para la Imputación de Responsabilidad Fiscal debemos auxiliarnos en el concepto de culpa grave que señala el Código Civil, que, si bien en materia de responsabilidad administrativa no se asimila al dolo, da una noción adecuada sobre la diligencia que se espera de cualquier persona, máxime si se trata de

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

personas a quienes, como los gestores fiscales deben actuar diligentemente. Veamos lo que se manifiesta desde el punto de vista jurídico a través del artículo 63 del Código Civil Colombiano, frente a la culpa y dolo:

"ARTICULO 63 CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo."

La definición legal parte del hecho, lógico por cierto, que las personas en sus propios asuntos utilizan una precaución o cuidado mínimo, aquel que se espera aún de quien no es diligente, precavido, ni siquiera se exige, un cuidado mediano de alguien moderadamente cuidadoso y este mismo cuidado fue del que no hicieron gala los señores, FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ como supervisor del contrato, ni RENE ANTONIO OROZCO RESTREPO, representante legal de DE R.O. Ingeniería S.A.S. en calidad de contratista, quienes no dieron el uso adecuado a los recursos encomendados sino que antes por el contrario con su actuar menoscabaron el patrimonio público a él encomendado, cuando, no dieron cumplimiento a su deber como servidores públicos, al dejar pasar 103 días, sin que se cancelara lo ordenado en la mencionada Resolución, Según lo manifestado por el equipo auditor.

Así las cosas, este Despacho, teniendo en cuenta lo pagado a pesar de las diferencias entre las cantidades que registra el contratista y las cantidades que aparecen en el acta de recibo parcial de bienes, sin ninguna justificación, califica el actuar de servidor públicos a qui mencionados con **culpa grave**.

En consecuencia, de los razonamientos que preceden, este Despacho le **Imputa Responsabilidad Fiscal a título de culpa grave**, a los vinculados al proceso, siendo: los Señores FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ identificado con la cc No.16.646.731 como supervisor y RENE ANTONIO OROZCO RESTREPO, como representante legal de la firma R.O.R. Ingeniería S.A.S, toda vez que no tuvieron el debido cuidado de salvaguardar los recursos económicos del Estado.

NEXO CAUSAL

La Ley 610 de 2000, exige demostrar la relación de causalidad entre el daño y la conducta del agente público, en este caso, está también suficientemente demostrado que el detrimento causado, conforme lo deja en evidencia el hallazgo con incidencia fiscal fruto del proceso auditor desarrollado por esta entidad de control, en el cual se precisó la ocurrencia del hecho irregular que dio origen a la presente actuación, de acuerdo con el hallazgo, se concretó un daño al patrimonio público del Estado

NEXO CAUSAL, implica que, entre la conducta desplegada por el gestor fiscal o el contribuyente de la gestión y el daño producido, debe existir una relación determinante y condicionante de causa – efecto.

Causa: La demora injustificada en el pago de lo ordenado en la un acto administrativo, ocasionando por incumplimiento del control administrativo de la gerencia Financiera, teniendo en cuenta que todo servidor público está obligado a dar cumplimiento a los mandatos Constitucionales, la Ley, y en el caso que nos ocupa los principios de economía, celeridad y eficacia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política,

Efecto, El daño patrimonial a EMCALE EICE ESP., que los recursos previstos para la ejecución del contrato se agotaran en un periodo más corto, poniendo en riesgo la prestación sin interrupción del servicio de energía en los circuitos a intervenir, configurándose un presunto detrimento patrimonial por valor de

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

\$257.057.621 fundamentado en lo establecido en el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, el cual modificó el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

No hay duda, entonces, que se evidencia con meridiana claridad la conexidad próxima y necesaria que la ley requiere para derivar responsabilidad fiscal. Todo lo anterior, en el entendido que la Contraloría General de Santiago de Cali, conforme a las atribuciones constitucionales y legales conferidas, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal tiene como finalidad principal la reparación integral de los perjuicios causados en el ejercicio de la gestión de los recursos públicos, porque se comprobó a lo largo del expediente que el detrimento patrimonial no ha sido resarcido y por ello se debe APERTURAR E IMPUTAR RESPONSABILIDAD a los vinculados al proceso, señores: Fernando Contreras González y R.O.R. Ingeniería S:A:S, cuyo representante es el señor René Antonio Orozco Restrepo.

CUANTIA DEL DAÑO PATRIMONIAL

Para efectos de la responsabilidad fiscal, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020, *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, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.*

En el presente asunto, está claramente demostrado la existencia de un detrimento al patrimonio público a EMCALI EICE ESP en cuantía de Doscientos Cincuenta y Siete Millones Cincuenta y Siete Mil Seiscientos Veintiún Mil Pesos Pesos (\$257.057.621).

A los terceros civilmente responsables mencionados se les cuantifica el daño, en la misma suma del daño determinado en esta providencia.

TRAMITE DEL PROCESO

El presente proceso se tramitara conforme al artículo 97 y siguientes de la Ley 1474 de 2011, es decir el **PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

Teniendo en cuenta que la cuantía del daño patrimonial corresponde a \$257.057.621, el valor es importante frente al presupuesto de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE E.S.P. el proceso a seguir será de **doble instancia** conforme lo establece el artículo 110 ibídem, **modificado por el artículo 143 párrafo 2º, del Decreto 403 de 2020**

"ARTÍCULO 110. INSTANCIAS. <Artículo modificado por el artículo 143 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada. PARÁGRAFO 1º. Cuando el presunto daño patrimonial afecte más de una entidad pública, el número de instancias procesales se definirá tomando como base la cuantía para contratación de la entidad que tenga mayor presupuesto oficial. PARÁGRAFO 2º. Serán de doble instancia, los procesos de responsabilidad fiscal que se adelanten con entidades afectadas cuya contratación no esté clasificada por cuantías."

AUDIENCIA DE DESCARGOS

Control transparente y efectivo, mejor gestión pública

Se fija como fecha y una vez notificada la presente providencia para iniciar la audiencia de descargos, en el salón de audiencias de la Contraloría General de Santiago de Cali, situado en el Piso 5 del Edificio Fuente de Versalles, Avenida 5 A Norte No. 20N-08, o de manera virtual, para lo cual se le hará llegar el enlace de manera oportuna, para su conexión el día veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) a las 9.00 a.m.

En razón y mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Proferir Auto de Apertura e Imputación de Responsabilidad Fiscal, contra:

Los señores: Fernando Contreras González.
Cédula de ciudadanía No. 16.646.731, como supervisor del contrato, Carrera 65 No. 1-50 Apto 203 H, de esta ciudad

R.O.R. Ingeniería S.A.S. cuyo representante es el señor Rene Antonio Orozco Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.276.197
Calle 34 A No. 81 A-73, de esta ciudad

Según lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo, en cuantía de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS (\$257.057.621).

ARTICULO SEGUNDO:

Dejar a cargo de tercero civilmente responsable la:
Compañía de seguros Allianz Seguros S.A. NIT
860.026.182-5 Póliza de Manejo Estatal N°
22753049 Certificado N° 899127115
De 20/09/20 hasta 21/09/21

ARTICULO TERCERO:

Notificar la presente actuación a los sujetos procesales en la forma y términos que regula el artículo 4° del Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, pero en el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, para el caso el señor:

Los señores FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ en calidad de supervisor quien se localiza en la Carrera 65 No. 1-50 Apto 203 H de esta ciudad y a RENE ANTONIO OROZCO RESTREPO, en calidad de representante legal de la firma R.O.R. Ingeniería S.A.S.- como contratista

ARTICULO CUARTO: Comunicar la vinculación de la Compañía de Seguros ASEGURADORA ALLIANZ, a través de su representante legal que ha sido vinculada a este proceso como Tercero Civilmente Responsable y la compañía coaseguradora. LA PREVISORA S.A que se localizan en la ciudad de Cali.

ARTÍCULO QUINTO: Decretar las medidas cautelares a que hubiere lugar.

ARTICULO SEXTO: Señalar como fecha para dar inicio a la audiencia de descargos el día veinticinco (25) de noviembre de 2021 a las 9:00 a.m., la cual se citará previamente al

vinculado y a su apoderado si lo tuviere o su defensor de oficio y a las compañías de seguros a través de sus representantes legales o de sus apoderados.

ARTICULO SEPTIMO: Tener como entidad estatal afectada a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE EMCALI

ARTICULO OCTAVO: Téngase como pruebas las mencionadas en el cuerpo de este proveído allegadas por el proceso auditor, y aplicar todas las que el Despacho considere necesarias y que sirvan para esclarecer los hechos materia de investigación.

ARTÍCULO NOVENO: Comisionar al abogado ANGEL ANTONIO LEUDO PEREA, adscrito a la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, para que instruya el proceso de responsabilidad y una vez quede ejecutoriada la presente decisión, fije fecha y hora para la práctica de las pruebas y medios de defensa aquí decretados

ARTÍCULO DECIMO: Comunicar del inicio de estas diligencias a:

Al actual GERENTE DE LAS EMPRESAS MUNICIPALES como entidad afectada, e igualmente para que informe el salario devengado y la última dirección registrada del señor FERNANDO CONTRERAS GONZALEZ.

Al Señor Contador de la EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI

A la Dirección Técnica ante EMCALI, de esta Entidad de Control, quien realizó la Auditoría por la que se inicia el presente proceso.

ARTICULO DECIMO SEGUNDO Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

ARTICULO DECIMO TERCERO: Por Secretaría librar las correspondientes comunicaciones y citaciones.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Santiago de Cali, a los cinco (05) días de agosto de dos mil veintiuno (2021)


CAMPO ELÍAS QUINTERO NAVARRETE
Director Operativo de Responsabilidad Fiscal

| | Nombre | Cargo | Firma |
|---|--------------------------------|------------------------------------|-------|
| Proyectó: | Ángel Antonio Leudo Perea | Profesional Universitario (e) | |
| Revisó: | Yolanda Orduz Herrera | Subdirectora Operativa Res. Fiscal | |
| Aprobó: | Campo Elías Quintero Navarrete | Director Operativo Res. Fiscal | |
| Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma. | | | |




DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL COBRO COACTIVO
Y SANCIONES
SECRETARÍA COMÚN

Expediente 1600.20.11.21.1458

Santiago de Cali, agosto 10 de 2021

Hago constar que ingresa el auto que decide aperturar e imputar un proceso de responsabilidad fiscal por la modalidad verbal No. 1600.20.11.21.144 de fecha 05 de agosto de 2021, con el objeto de ser notificado


Magnolia Wagner Gongora
Profesional Especializada
Secretaría Común