



CONTRALORÍA
GENERAL DE SANTIAGO DE CALI
(Mejor gestión pública, mayor calidad de vida)

DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Auto No. 1600.20.10.18.043
(05 de junio de 2018)

"POR EL CUAL SE ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL"

EXPEDIENTE No. 1600.20.10.17.1272

- ASUNTO:** Presuntas irregularidades en la celebración de los contratos 228 y 231 de 2015 bajo la modalidad de mínima cuantía, por sobrecostos dado que dos (2) meses después se suscribe el contrato 003 del 16 de febrero de 2016, producto de una subasta inversa, donde se logró un precio menor en \$155.000 pesos por unidad promedio, es decir, se obtuvo un ahorro casi del 55%, para los mismos elementos.
- ENTIDAD AFECTADA:** SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE --
MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI
- PRESUNTOS:** ALBERTO HADAD LEMOS
CEDULA No.14.984.455
CARGO: Secretario de Tránsito y Transporte
- CUANTÍA:** CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$57.240.000,00)
- ASEGURADORAS:** ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. / ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT. No. 860026182,

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA NIT. No. 891.700.037-9

COLPATRIA S.A. NIT. No. 860.002.184-6., y

QBE con NIT No. 860.000.334-0

COMPETENCIA
(Ley 610/00 Art. 41-1)

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, con fundamento en los artículos 268 y 272 de la Constitución Política, la Ley 610 de 2000 y el Acuerdo Municipal N° 0160 de 2005, tiene competencia para proferir el archivo de las presentes diligencias, teniendo en cuenta los siguientes:

(Mejor gestión pública, mayor calidad de vida)

Centro Administrativo Municipal – CAM Piso 7 PBX:6442000 Santiago de Cali www.contraloriacali.gov.co



ANTECEDENTES

La Contraloría General de Santiago de Cali, en cumplimiento de su función constitucional y legal, realiza Auditoría y Modalidad: "AGEI MODALIDAD ESPECIAL, A LA CONTRATACIÓN DE LA SECRETARÍA DE TRANSITO Y TRANSPORTE VIGENCIA JULIO 01 DE 2015 A JULIO 31 DE 2016".

La auditoría fue remitida con sus respectivos soportes por el Sr. Contralor General de Santiago de Cali (E), Dr. DIEGO FERNANDO DURANGO HERNANDEZ a través del Oficio No. 0100.08.01.17.009 del 05 de enero de 2017, donde se observa que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Cali, suscribió los contratos 228 y 231 de 2015 bajo la modalidad de mínima cuantía y dos (2) meses después se suscribe el contrato No. 003 del 16 de febrero de 2016, producto de subasta inversa, donde se logró un precio menor en \$155.000.00 pesos por unidad promedio, es decir, se obtuvo un ahorro casi del 55%, para los mismos elementos.

En el Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, se enuncia como hechos presuntamente irregulares los siguientes:

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PRESUNTAMENTE IRREGULARES

¿Qué ocurrió? (Hechos) Se evidenció en la suscripción de los contratos relacionados lo siguiente:

Cuadro No 10- Contratos de Suministros

Contrato	Fecha Contrato	Objeto	Contratista	Valor Contrato	Valor Unitario
4152.0.26.1.228 de 2015	03 de diciembre de 2015	Suministro e instalación de 180 señales verticales reglamentarias preventivas e informativas, de 75 cms, poste en ángulo de 2"x1/8", tablero en lámina galvanizada calibre 16, cinta reflectiva tipo IV, con cinta anti vandálica, instalación con concreto de 3000 psi, h total = 2.70 metros	FUNDACION ZONA VERDE	\$ 63.205.000	\$351.138
4152.0.26.1.231 de 2015	04 de diciembre de 2015	Suministro e instalación de 180 señales verticales reglamentarias preventivas e informativas, de 75 cms, poste en ángulo de 2"x1/8", tablero en lámina galvanizada calibre 16, cinta reflectiva tipo IV, con cinta anti vandálica, instalación con concreto de 3000 psi, h total = 2.70 metros	SEÑAL VIAL	\$ 63.798.200	\$354.000

¡Mejor gestión pública, mayor calidad de vida!

Centro Administrativo Municipal - CAM Piso 7 PBX:6442000 Santiago de Cali www.contraloriacall.gov.co



308

4152.0.26.1. 003 de 2016	Febrero 16 de 2016	Suministro e instalación de 850 señales verticales reglamentarias preventivas e informativas,	YESID FRANCISCO FERREIRA	\$165.750.000	\$195.000
--------------------------	--------------------	---	--------------------------	---------------	-----------

Fuente Papeles de trabajo equipo auditor.

Los contratos 228 y 231 se realizaron el 3 de diciembre y 4 de diciembre de 2015 bajo la modalidad de mínima cuantía y 2 meses después se suscribe el contrato 003 de 2016 del 16 de febrero, producto de una subasta inversa, lo que permitió pactar un mejor precio para la administración municipal, donde se logró un precio menor en \$155.000 pesos por unidad, promedio, es decir se obtuvo un ahorro casi del 55%, para los mismos elementos.

Adicionalmente, los dos contratos de mínima se hicieron en el límite de los topes autorizados para este tipo de contratación, debiendo acudir a la modalidad de menor cuantía, ya que se contaba con los recursos suficientes para ello y por ende lograr mejores precios.

Es deber de los funcionarios de la Administración Municipal de Santiago de Cali, actuar bajo los principios de igualdad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, economía, responsabilidad, transparencia, publicidad, sin perjuicio de la aplicación de los demás principios generales y especiales que rigen la actividad de la Administración Pública y de los servidores públicos.

Lo anterior es causado por deficiencias de control y monitoreo, lo que generó un presunto detrimento patrimonial de \$57.240.000, generado por la diferencia de precios unitarios entre los contratos mencionados, a la luz de la Ley 610 de 2000 artículos 3 especialmente los principios de economía y eficiencia, además de la vulneración del numeral primero del artículo 34 de la ley 734 de 2002 y la Ley 42 de 1993 artículo 8.

¿Cuándo?: En la vigencia: 2015

¿Dónde? (Entidad, Lugares):

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI- SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE

¿Cómo?(Método):

Considerando que los contratos 228 y 231 se realizaron el 3 de diciembre y 4 de diciembre de 2015 lo cual evidencia que se contaba con los recursos suficientes para efectuar un contrato por medio de una selección abreviada, lo cual se demuestra con el contrato 003 de 2016 de febrero 16 es decir 2 meses después donde se logra un precio por debajo del 55%.

Además se observa que los dos contratos se hicieron en el límite de lo autorizado a celebrarse por mínima cuantía.

¿Por qué? (Causas):

Situación que se presenta por fraccionamiento de contratos y no utilizar la modalidad idónea para evitar un presunto detrimento patrimonial.

La Comisión Auditora formula como normas presuntamente vulneradas las siguientes:

Ley 610 de 2000 artículos 3 especialmente los principios de economía y eficiencia, además de la vulneración del numeral primero del artículo 34 de la ley 734 de 2002 y la Ley 42 de 1993 artículo 8.

Con el formato de traslado y sus anexos, la Dirección inició Indagación Preliminar por Auto No. 1600.20.05.17.008, de fecha Febrero 8 de 2017. Folio 58.

Practicada las pruebas en la Indagación Preliminar, este Despacho evidenció que se dan los presupuestos, para iniciar proceso de responsabilidad fiscal, con ocasión de los hechos enunciados por el proceso auditor."

FUNDAMENTOS DE HECHO:
(Ley 610/00 Art. 41. 2)

1. LA SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL, es un sujeto de control fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 42/93. 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. Con la suscripción de los contratos 4152.0.26.1.228-2015 del 03 de diciembre de 2015 y 4152.0.26.1.231-2015 del 04 de diciembre de 2015, cuyos objetos contractuales fue la compra de 180 señales de tránsito en cada uno de ellos, por valores de \$63.205.000.00 y \$63.798.200.00 respectivamente, se compara con el contrato No. 4152.0.26.1.003-2016 del 16 de febrero de 2016, donde se compraron a través de la modalidad de subasta inversa, la cantidad de 850 señales de tránsito, por un valor de \$165.750.000, dando como diferencia la suma de \$159.000 por unidad comprada bajo la modalidad de mínima cuantía, que multiplicados por 360 unidades da un presunto detrimento globalizado de \$57.240.000.00.
3. En el ejercicio del Control Fiscal, la Dirección Técnica ante la Administración Central, encontró que se presentaron posibles sobrecostos con la modalidad de mínima cuantía frente a la subasta inversa, constituyéndose un presunto daño patrimonial valorado en la suma global de CINCUENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$57.240.000.00.)
4. Cita la comisión de auditoría como presunto responsable a

NOMBRE: ALBERTO HADAD LEMOS

CEDULA No.16.984.455 de Cali

CARGO: Secretario de Tránsito y Transporte para el año 2015

La persona aquí enunciada, es sujeto de la acción fiscal, por cuanto, a su cargo tenía el cuidado, manejo de los dineros de la Secretaría de Tránsito y Transporte, lo que se materializa en una gestión fiscal inadecuada, incorrecta, porque presuntamente transgredió los principios de legalidad, moralidad, eficiencia, eficacia, economía, legalidad, por cuanto, **no realizó las gestiones pertinentes para obtener mejores descuentos en la compra de señales de**

tránsito mediante realización de la modalidad de subasta inversa y no por el sistema de mínima cuantía como aconteció.

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Ley 610/00 Art. 41-3)

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, este Despacho, invocará las normas jurídicas que tienen relación con la COMPETENCIA que tiene los órganos de control fiscal, enmarcada en el procedimiento que regula la Ley 610/00.

a) CONSTITUCION POLÍTICA:

"Art. 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual VIGILA LA GESTION FISCAL DE LA ADMINISTRACION y de los particulares o entidades que MANEJEN FONDOS O BIENES DE LA NACION".

Dicho control se EJERCERA EN FORMA POSTERIOR y selectiva conforme a los PROCEDIMIENTOS, SISTEMAS Y PRINCIPIOS que establezca la ley (...)".

"Art. 268: El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

Numeral 5º: "5º) Establecer la responsabilidad que se DERIVE DE LA GESTION FISCAL (...)".

"8º) Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. (...)".

"Art. 272. La vigilancia de la GESTION FISCAL de los departamentos, distritos y MUNICIPIOS donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva".

La ACCION FISCAL por vía constitucional, solamente puede abarcar hechos que tengan relación con la GESTION FISCAL, por tanto, para iniciar y fallar por hechos de esa connotación, no se puede sobrepasar ese límite Supra.

Dentro de este contexto, enseña apartes de la Sentencia C-529-93 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Noviembre 11 de 1.993.

"(...) A propósito la misma Corte ha conceptuado que "el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en la que se TRADUCE LA GESTION FISCAL se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración".

Esta posición encuentra respaldo en los textos de la jurisprudencia relacionada con el tema que nos distrae, cuando ilustran que las actividades que comportan el ejercicio de la gestión fiscal serán ejercidas por los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, excluyendo de manera tácita aquellos que no reúnan estas condiciones.

b) LEY 42 DE 1.993:

¡Mejor gestión pública, mayor calidad de vida!

Centro Administrativo Municipal - CAM Piso 7 PBX:6442000 Santiago de Cali www.contraloriacali.gov.co



"Art. 3°. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior".

LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL es un sujeto de control fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 42/93. Por ser sujeto de control, está sometido a la vigilancia de la gestión fiscal, por parte de la Contraloría General de Santiago de Cali

c) CONTROL POSTERIOR DE LA ACCION FISCAL.

"Art. 5° de la Ley 42 de 1993.

"Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. (...)".

d) Ley 610 de 2000.

En su título primero, aspectos generales, artículo 1°, define el proceso de responsabilidad fiscal así:

"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 ACCION FISCAL O CON OCASION DE ESTA, causen por acción u omisión, y en forma dolosa o culpable un daño patrimonial del Estado".

Con invocación de apartes de jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, bajo estas enseñanzas queda demostrado que los indicios relacionados con presuntos tipos penales, como falsedad, fraude procesal, etc., no tienen la mínima ni remota relación con actos de la gestión fiscal, así se ha dicho:

"3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal. Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1.991, la Ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3° la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

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

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puesto a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, DEBE ACTUAR CON CRITERIO SELECTIVO FRENTE A LOS SERVIDORES PUBLICOS A VIGILAR, esto es, TIENE QUE IDENTIFICAR PUNTUALMENTE A QUIENES EJERCEN GESTION FISCAL, DENTRO DE LA ENTIDAD,

DEJANDO AL MARGEN DE SU ORBITA CONTROLADORA A TODOS LOS DEMAS SERVIDORES. (...)

Prosigue la Corte Constitucional en sus enseñanzas en la Sentencia referida:

"(...) De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito adentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en tomo a una específica expresión de la gestión fiscal, DESCARTÁNDOSE DE PLANO CUALQUIER RELACION TÁCITA, IMPLÍCITA O ANALÓGICA que por su misma fuerza rompa con el principio de tipicidad de la infracción. De suerte tal que SOLO DENTRO DE ESTOS TAXATIVOS PARAMETROS PUEDE ACEPTARSE VALIDAMENTE LA PERMANENCIA, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN del segmento acusado.

"Una interpretación distinta de la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidad que informan la GESTION FISCAL y sus cometidos institucionales. (...)". (Resaltado, mayúsculas y negritas fuera de texto).

La erudición de nuestra guardiana de los postulados constitucionales, es perentoria, en interpretar y reiterar la voluntad del constituyente primario y el legislador, en el sentido, de que el control fiscal no se puede practicar *in solidum*, con criterio universal o sin ningún criterio, ya que tanto, desde la óptica de los actos examinados, como desde la perspectiva procesal, solamente se pueden revisar y examinar actos propios de la gestión fiscal realizados por gestores fiscales, ya sean servidores públicos o particulares que tengan poder de decisión y disposición de los bienes o dineros públicos encomendados.

En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7° de la Ley 610:

"(...) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal CUANDO EL HECHO tenga relación DIRECTA con el ejercicio de ACTOS PROPIOS DE LA GESTION FISCAL POR PARTE DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES".

El tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDIA, en su obra "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL – TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Tomo I, Decimocuarta edición 1996, Editorial ABC, página 38, sobre los procedimientos así predica:

"Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o pretermir sus trámites, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo (C. de P. C., Art. 6°)".

"El principio de la verdad procesal. Entiéndese por verdad procesal la que surge del proceso es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra".

Para el mismo tratadista las pruebas judiciales, son "el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso".

ETAPA PROBATORIA

[Mejor gestión pública, mayor calidad de vida]

Centro Administrativo Municipal – CAM Piso 7 PBX:6442000 Santiago de Cali www.contraloriacali.gov.co



Una vez se inició la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, se citó al presunto responsable fiscal para escucharlo en versión libre, quien presentó por escrito, el cual se transcribe a continuación en lo pertinente para el análisis correspondiente, veamos:

VERSIÓN LIBRE PRESENTADA POR EL DR. ALBERTO HADAD LEMOS

En su escrito llamado: " ... para que obre como mi versión libre ...", obrante en los folios 231 a 239, entre otros apartes y ejerciendo su medio de defensa manifestó:

"(...)

ALBERTO HADAD LEMOS, identificado con la CC. 14.984.455 de Cali. Secretario de tránsito y transporte, para la fecha de ocurrencia de los hechos, residente en la avenida 6 Oeste No. 5 -163, edificio Santangelo de Cali, en mi calidad de investigado dentro del proceso No. 1600.20.10.17.1272, me permito presentar a su despacho el presente escrito para que obre como mi versión libre:

(...)

Deseo en primer lugar aclarar que dentro de la configuración del hallazgo por el proceso auditor nunca fui informado de este hecho, ante lo cual no pude realizar las exculpaciones del caso, situación que había podido dar elementos de juicio que hubiesen podido determinar que mis actuaciones se efectuaron conforme a derecho y que hubiese establecido en este caso la no existencia de un sobrecosto, por ende no existe un detrimento patrimonial.

En dicho sentido debe el despacho justipreciar bajo qué condiciones fue que se realizaron las contrataciones de suministro e instalación de las señales de tránsito, donde se debe ponderar los momentos para dicha contratación, la disponibilidad de recursos, la necesidad de dichos elementos, el cierre fiscal que acaecía, los estudios de mercado, y los lineamientos jurídicos y precios de Colombia Compra Eficiente.

Para ello es necesario indicar que es de vital importancia para la movilidad de Santiago de Cali, dotar con señales de tránsito las vías de la ciudad, ello para el control de tráfico y en especial la circunstancia de salvaguardar la vida de los caleños, donde la Secretaría de Tránsito para la vigencia del 2015, a mediados de agosto dio inicio a proceso de contratación para la instalación y suministro de más 1500 señales de tránsito, el cual estuvo limitado por el CONFIS a la suma de \$495.000.000 Millones de pesos.

Procede entonces la oficina encargada para esa época, a realizar los estudios de mercado, donde se evaluaron los costos y precios de instalación y suministro de 1.500 señales de tránsito, es por ello que en cumplimiento de Plan Operativo de Inversiones se realizó la compra de los mismos a través del Proceso de Selección Abreviada de menor cuantía, Radicado bajo el No SAMC-STTM 4152.032.038 de 2015.

De acuerdo al estudio del mercado se partió de un presupuesto, que oscilaba entre un valor de \$340.000 a \$370.000 pesos por unidad de señal instalada

Es así y en concordancia con lo expuesto, que me permito anexar los antecedentes con todo lo relacionado a dicho proceso, donde se podrá evidenciar por su despacho que la compras efectuadas a través de los contratos

de suministro No 228 y 231 realizadas el 3 y 4 de diciembre de 2015 bajo la modalidad de mínima cuantía se realizaron bajo los precios de mercado, donde se utilizó como referencia las compras efectuadas por otras entidades del orden nacional y anteriores compras. (Ver estudio de mercado de dicho proceso).

Igualmente en desarrollo de dicho proceso se podrá evidenciar que se logró la compra de 1700 señales, es decir 200 más que las proyectadas en los estudios previos a un costo promedio \$290.500; dado que a la oferta presentada por el único contratista proponente fue la que se aceptó. (precio que no puede ser del manejo de la administración, es el contratista que realiza su ejercicio económico y oferta un precio donde para él obtiene un beneficio, pero no necesariamente es el precio del mercado).

De acuerdo al principio de planeación la secretaria de tránsito ya tenía un inventario de sitios a intervenir, contrato que se suscribió el día 4 de diciembre de 2015.

No obstante, dicha contratación, se presentan continuamente otros sitios a intervenir dado múltiples requerimientos por parte de la Secretaría de Infraestructura Vial, la comunidad y en especial la parte técnica de la Secretaría de Tránsito, donde es fácil establecer que las señales contratadas no estaban incluidas en las 1700 contratadas el 4 de diciembre de 2015, las cuales debían efectuarse de manera prioritaria por parte de la Secretaría a mi cargo

Los contratos de suministro No 228 y 231, son independientes, los cuales solo pueden iniciarse una vez se cuente con el presupuesto pertinente, es por ello que estos nacen dadas las necesidades definidas por parte de la parte técnica de la Secretaría de Tránsito, donde es necesario indicar que estos procesos poseen una dinámica propia, donde el presupuesto y la necesidad son los factores que se deben preponderar.

Es necesario indicar que la Secretaría de Tránsito para celebrar estos contratos contaba con todos los estudios respectivos, tuvo en cuenta los precios de mercado, por lo cual dichas contrataciones se realizaron con el convencimiento pleno de que se efectuaba bajo los principios de igualdad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, economía, responsabilidad, transparencia, publicidad y privilegiando la vida y la movilidad en Santiago de Cali.

Es decir, la Secretaría de Tránsito al contar con un presupuesto adicional y antes de cierre fiscal, decidió adquirir más señales, dada las prioridades, técnicas y necesidades realizadas por la unidad operativa de la secretaria, es por ello que dispuso la compra de señales a través de los contratos 228 y 231 los cuales se realizaron el 3 y 4 de diciembre de 2015 bajo la modalidad de mínima cuantía, herramienta jurídica establecida en la ley.

De allí que dichas adquisiciones se efectuaron bajo los criterios de economía, donde es necesario indicar que la modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de las entidades estatales, pues tiene menos formalidades que las demás formas de selección y cuenta con características especiales, ya que es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la entidad, sin importar

la naturaleza del contrato. Requisito que se cumplió a cabalidad y que era la única posibilidad para adquirir dichos suministros.

Las reglas aplicables a la modalidad de selección de mínima cuantía son las consagradas en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que fue modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, y no es posible agregar requisitos, procedimientos o formalidades adicionales.

El proceso adelantado en febrero de 2016, fue el mismo proceso contractual que se adelantó bajo el No 038 de 2015, es decir por Selección Abreviada de menor cuantía, que corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que priman las características del objeto a contratar.

Pero es claro que, en las circunstancias de la contratación, la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, lo cual fue lo que operó en este caso, dado que se tenía establecido en el plan de desarrollo la debida implementación de (sic) señales de tránsito.

En estos procesos primó el acuerdo de voluntades entre la Secretaría de Tránsito y el contratista, donde se partió de la oferta presentada por el proponente y la comunicación de que acepta la oferta. Como puede observarse dichos suministros se adquirieron en estricto cumplimiento a lo establecido en la Ley.

Ahora bien, la comisión de auditoría de la Contraloría General de Santiago de Cali, insiste que hubo un detrimento por cuanto a cotejar los valores pagados en dichos contratos distan de lo contratado dos meses después, para tal fin tienen en cuenta el valor final del contrato 003 de 2016.

Considero con todo respecto que existe un error de interpretación, por cuanto si se observan los pliegos, los precios de mercado, el presupuesto oficial; el valor promedio de dichas señales en dicho proceso era de \$352.941, situación ajena al proceso es que el contratista haya presentado una oferta por fuera de los precios del mercado, se rebajó en casi un 50%, el porqué de dicho precio solo lo podrá definir el contratista, lo cierto es que dicho precio no arroja un valor cierto sobre los verdaderos precios del mercado.

Es por ello que no se puede hablar de un sobre costo, entendido como un incremento del costo o que sobrepasó el presupuesto, o que se presentó un costo inesperado sobre una cantidad presupuestada, ya sea por una indebida subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto, situación que en este caso no opera.

Es indispensable contar con las señales de tránsito, para que la convivencia en la vía pública sea óptima, con ello, podrían evitarse un sinnúmero de siniestros viales; sobre todo entender que en la parte educativa de las mismas lo importante de respetar las señales de tránsito y los niveles de velocidad, teniendo por demás el sistema de foto multas a los infractores de las normas de tránsito establecidas

En este momento es necesario recordar lo establecido en el artículo 130 del decreto 222 de 1983, el cual consagraba una definición legal del contrato de suministro, según la cual este negocio jurídico tiene por objeto la adquisición de bienes muebles por la administración en forma sucesiva y por precios unitarios. Y conforme lo establece el Código de Comercio en su artículo 968,

312

"Es un contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios."

El objeto del contrato de suministro comprende únicamente bienes muebles, siendo esta característica una de las diferencias conceptuales que lo apartan del contrato de compraventa. Coinciden también los tratadistas, en que los contratos de suministro pueden darse mediante la entrega del bien en períodos sucesivos o por medio de la entrega única, sin que por ello se desnaturalice la figura negocial.

Es decir el contrato de suministro es un negocio jurídico bilateral, conmutativo y oneroso, mediante el cual el contratista se obliga para con la administración a darle, en forma sucesiva, una determinada cantidad de bienes muebles que requiere para el desarrollo de sus funciones legales, a cambio de lo cual la administración se obliga a pagar el precio resultante de multiplicar la cantidad de unidades transferidas por el precio unitario convenido, el cual, bien puede estar sometido a reajustes.

Por su parte la Ley 1150 DE 2.007.- Artículo 2°. De las modalidades de selección. Numeral 2. Selección abreviada.

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos

Es por ello que se puede fácilmente evidenciar que no existió una gestión inadecuada e incorrecta por parte mía, como puede establecerse, se surtió para la adquisición de estos elementos con los procedimientos establecidos, ya que se realizó un procedimiento que conforme a su cuantía es permitido, es por ello que se debe ponderar por su despacho las necesidades que se debían establecer por parte de la entidad, dado que aún no se había podido culminar con el proceso de modalidad de subasta inversa que ya estaba en curso.

Respetuosamente no comparto que dicha contratación no se ajuste a la Constitución y a las leyes que rigen la contratación pública; por el contrario, actué con la diligencia, cuidado, probidad y rectitud, que se tenía para dicha situación, donde desde ya se debe insistir que nunca desconocí mi deber.

Dado mi actuar, es que se logró el máximo rendimiento con los costos de mercado y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros - casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública.

Así se puede establecer que hubo una adecuada planeación del gasto de modo tal que se orientó con toda certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.



Por lo anterior solicito al despacho ponderar que desde lo marco se realizó el procedimiento adecuado para el suministro de dichas señales, es decir por una subasta inversa, y las pequeñas de mínima cuantía, se efectuaron por la necesidad y presupuesto final otorgado, donde nunca se violó los precios del mercado y de Colombia compra eficiente.

Ahora bien, es importante establecer un hecho administrativo del cual la comisión y su despacho, con todo respecto se equivoca y es partir del valor la oferta del contratista que salió favorecida, dentro del contrato 4152.0.32-003-2016, es decir de \$195.000 por un valor de 850 señales verticales preventivas, informáticas y reglamentarias, incluida la remoción de las señales dañadas y deterioradas y un término de entrega 90 días.

El cual no se puede comparar a los contratos 228 y 231 de 2015, por varios factores, en primer lugar el establecimiento del precio es de suma importancia, pues éste influye más en la percepción sobre el producto o servicio, los descuentos por compra en volumen o pronto pago, ya que una empresa puede decidir entrar al mercado con un alto precio de introducción e ingresar con un precio bajo en comparación con la competencia o bien no buscar mediante el precio una diferenciación del producto o servicio y, por lo tanto, entrar con un precio cercano al de la competencia.

Desde el punto de vista técnico no es posible determinar por qué el contratista se fue con un precio por debajo de los precios oficiales y del mercado, en un 50% aproximadamente, pero no puede establecerse por su despacho como referente del mercado, dado que sería negar los precios de referencia que en Colombia compra eficiente, han tenido para llevar a cabo sus contrataciones otras entidades públicas; referentes que se deben tener como variables para determinar el valor de referencia para determinar el bien.

Es por ello que se debe tener en cuenta los estudios de mercado de dicho proceso y el elaborado por la entidad tanto para el 2015 como para el 2016, por cuanto se partió de un premisa falsa para determinar el detrimento; con el agravante que no se trata de la misma cantidad y la oportunidad en la entrega, ya que es común que a mayor cantidad se rebaja el precio, a menor más caro el producto esto obedece las leyes de mercado y margen de ganancia, la oferta y la demanda, los sobre Costos de operación y administración de inventarios.

Así es claro que matemáticamente al confrontar con los contratos anteriormente mencionados, se puede establecer un menor precio en las señales y su instalación, dado que de \$351.138 y \$354,000 valor promedio de señal, en el 2016 se pagó un valor promedio a \$195.000, pero al analizar los antecedentes precontractuales lo que se observa es que el oferente bajo su precios para garantizar la adjudicación, lo cual es viable que se presente pero no por ello se puede inferir que ese sea el precio del mercado, de ahí el error de interpretación del despacho.

Su despacho debe recordar que frente a los procesos de contratación y su modalidad es deber de toda entidad estatal, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

La unidad de contratación de la Secretaría de Tránsito en dicho proceso, al celebrar dichos contratos tuvo en cuenta la igualdad respecto de todos los interesados, la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones

impuestas para la presentación de las ofertas, la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración.

Por lo cual no se comparte que se haya fraccionado un contrato dado que no se quebrantó y no se dividió la unidad natural de la compra e instalación de las señales de tránsito, fue atendiendo principios de oportunidad y necesidad y por el monto que se efectuó dicho proceso, donde de todas formas se tuvo en cuenta los precios de mercado

Es por ello que no está establecida la existencia del daño, por lo cual, mal haría su despacho en insistir en la diferencia de valor de compra de las señales de tránsito.

Por lo anterior solicito a su despacho tener en cuenta mis condiciones personales y las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se desarrollo el comportamiento objeto de censura, aquí tiene un papel sumamente relevante mi labor y el deber funcional de cada funcionario donde opera el principio de confianza, cuya base axiológica es la BUENA FE constitucional.

En mi calidad de Secretario de Tránsito y gestor fiscal para la época de los hechos actué conforme a los intereses de la entidad, con el debido cuidado y la diligencia del caso, por lo tanto, considero que existe un desvalor de la acción reprochada,

Dicho de otra forma, por ser el secretario, per se no implica que por dicha circunstancia se pueda imputar ningún detrimento o que haya actuado con dolo o culpa grave como lo exige la ley 610 de 2000, más aún cuando existen oficinas y personas responsables de dicho procedimiento, análisis de mercado, métodos y procedimiento para contratar, certificados y reservas presupuestales

Es claro que la ley 610 de 2000, estableció que queda proscrita toda clase de responsabilidad objetiva, hecho que se puede denotar en este caso, por cuanto si bien es cierto, y como se puede evidenciar no existe un daño, dado que este se ajustaba a la necesidad y oportunidad de la contratación, por lo anterior, es totalmente predicable el archivo de la presente investigación.

Como se puede inferir de estos documentos es fácil colegir que no existe falta de diligencia y atención en la defensa de los intereses de la entidad dado que se actuó conforme a la ley; todos estos hechos generan una vez más una desvaloración de las pruebas al efectuarse las mismas -como lo dije anteriormente - sin la presencia de mi persona como investigado, a sabiendas que en dicho informe se establecen de manera, clara procesos de 2015.

Al respecto la corte Constitucional en Sent. T-504/98 M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA ha manifestado:

"Una de las formas, y a modo de ver de la Corte de las más graves, de desconocer el debido proceso, consiste en que el fallador al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio allegado al proceso, o lo que es peor, ignorando totalmente su existencia.

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho". (Negrilla mia)

"También ha dicho la Corte Constitucional que no puede predicarse como vía de hecho la interpretación legítima del juez en el plano de lo que constituye la valoración de las pruebas aportadas al proceso, en el ámbito de su autonomía como administrador de justicia; pero sí bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obran en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no se desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia." (Corte Constitucional Sent. T- 970199 M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA)

En el mismo sentido la Corte Constitucional Sent. T-204/98 M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA ha manifestado:

"... sin embargo, no se puede perder de vista que a pesar de ese gran poder discrecional judicial, la decisión no puede basarse en un juicio arbitrario, sino que debe reunir unos criterios que garanticen una decisión imparcial, objetiva y ajustada a la legalidad. En el evento de que la respectiva autoridad judicial omita la apreciación de la prueba allegada, o no estime probado el hecho y adopte la decisión desconociendo y contraviniendo la realidad probatoria de los hechos y circunstancias que ese material arroja, la Corte ha señalado que se produce una actuación arbitraria constitutiva de una vía de hecho."

Con frecuencia se presentan actos u omisiones cuya imputación a un determinado sujeto (servidor público) no admite duda, y que desde el punto de vista material presenta los caracteres externos de una gestión ineficiente o ineficaz, pero que, sin embargo, desde el punto de vista de la fuerza moral subjetiva o acción psíquica, carecen de contenido culposos o doloso y no constituyen una violación del derecho fiscal.

No hay que olvidar que la legislación positiva legitima esos actos y considera exentos de responsabilidad a sus autores. No se trata de excusas o atenuantes, sino de causales de justificación, las cuales, con todo respecto, solicito sean aplicables en este caso.

Así como existen ciertas situaciones dentro de las cuales puede observarse una actividad positiva e intencional del gestor fiscal, porque el hecho resulta jurídico, conforme al derecho, hay otras situaciones en que la justificación depende de la ausencia del elemento intencional, de fuerza mayor, pues, se obra sin voluntad de hacerlo o por accidentes imprevisibles, por la influencia del azar, por ignorancia, o por error que no está en manos del agente disipar, ("ad impossibilia nemo tenetur" decía el aforismo latino). La ausencia de intención dañosa puede resultar de la ignorancia o del error. Se produce un acto que tiene las características materiales de generar un daño, pero no lo es, ya que le falta uno de los elementos constitutivos esenciales.

Creo que es justo recordar que todo servidor público se debe tomar el trabajo de conocer las leyes, sino corre el riesgo de ejecutar un acto ilícito, al sustraerse a la obligación que la ley le impone. Pero la completa buena fe, la ausencia de dolo, no permiten considerar un acto como hecho reprochable.

En materia fiscal, la ignorancia de la ley no puede alegarse como excusa, pues un servidor público no puede ignorar cuáles son las funciones inherentes a su cargo y cuales hechos u omisiones constituyen un daño patrimonial. No hay lugar a responsabilidad fiscal únicamente cuando el hecho u omisión se comete con plena buena fe, determinada por ignorancia invencible o por error sustancial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia; Se admite como eximente el error esencial de hecho o de derecho la ignorancia invencible de ciertas leyes, normas o reglamentaciones, o cuando la ignorancia procede de fuerza mayor.

Haciendo una confrontación ponderada y analítica de los hechos, es fácil advertir que la conducta que se me reprocha por parte de su despacho, la misma puede estar justificada, toda vez que se presenta la causal excluyente de responsabilidad como es el actuar bajo la convicción errada e (sic) invencible de que mi actuar está exento de considerarse como causal de responsabilidad fiscal.

Como se puede establecer en mi actuar existe un error invencible, el cual no pudo superarse; es importante tener en cuenta que conforme a las circunstancias en que me encontraba y dado que la contratación es permitida por la ley, la parte técnica de contratación responsable de verificar la información, dio viabilidad al mismo, mal haría en reprocharme dicha conducta.

La ética de la responsabilidad, que el derecho eleva a categoría normativa, impone a uno como servidor público, o a quien aspire a serlo, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Téngase en cuenta que aquello que se pone en manos del servidor público, como agente del Estado, es lo más preciado de la justificación axiológica de éste: la realización de sus fines (artículo 2 constitucional).

Entonces, nunca he pretendido violar ningún derecho que, frente a los procesos contractuales, se tuvo en cuenta la necesidad de la comunidad. Es por ello que adopte las medidas de precaución tendientes a eludir el error, mi deber funcional era actuar entendiéndose en este caso, contratar señales para salvar vidas, la cual se me informo por parte de equipo de contratación que ésta se dio en debida forma.

Lo anteriormente expuesto, ciertamente demuestra que frente a la conducta reprochada por su despacho se evidencia una convicción errada e invencible; En efecto, la vencibilidad del error no depende del grado de convicción que el sujeto pasivo de la acción tenga, sino de las reales circunstancias que le permitan tener otra visión del alcance de mi conducta.

Aceptar por su despacho que el grado de convicción me libera como servidor público del deber de comprobar si su certeza coincide con la realidad, equivale a desconocer que la eximente de responsabilidad tiene, además, como elemento normativo, el que el error sea invencible.

Este hecho me permite con toda certeza demostrar la BUENA FE en mis actuaciones, circunstancia que solicito de manera especial sea tenida en cuenta por parte de su señoría, más aún cuando quedó debidamente probado y en forma fehaciente que no existió ningún interés directo determinado dentro de la presente investigación.

Es por ello que no se me pueden establecer una posible omisión al ejercer mi labor cuando se actuó conforme a la autoridad que me investía y con el soporte de un profesional del derecho. Por todo lo anterior se puede colegir con toda certeza que no existe una demostración objetiva del daño y por ende el grado de culpabilidad.

Por lo tanto es pertinente que su despacho conozca de los manuales de funciones y de procedimiento de esta entidad, con el fin de establecer que no hay un verdadero nexo causal; si bien es importante resaltar que el presunto daño no existió, hecho que debe ser tenido en cuenta por parte de su despacho, el suscrito como gestor y ordenador del gasto debe responder por la presuntas omisiones, quiero resaltar que en este caso existe la confianza legítima en un equipo de contratación, el cual realizó estudios serios de mercado, pero que al presentar un oferente un menor valor no puede considerarse como precio del mercado o que con ello se generara un detrimento.

Ahora bien las decisiones equivocadas o no de los servidores públicos o las actuaciones irregulares en que hubiera podido incurrir con motivo o como consecuencia del ejercicio de mi función pública que me ha sido encomendada no siempre constituye una conducta que genere la existencia de responsabilidad fiscal alguna, porque para poder establecer si realmente he incurrido en violación a una disposición de esta jurisdicción, debe demostrarse con certeza que actúo dolosamente o culposamente circunstancia que no está establecida en esta investigación.

A mí o a cualquier persona que ostente la calidad de servidor público no se me puede decir que no puedo equivocarme, o que está vedado errar como un mandato de prohibición, como tampoco se me puede exigir que debo acertar en la totalidad de las decisiones que tomo en el ejercicio de mi cargo.

Con todo lo anterior se puede colegir con certeza que no existe una demostración objetiva de la falta y no existe una prueba que comprometa mi responsabilidad en la conducta esgrimida.

Además, es de resaltar que, en mis años de servicio al Estado, nunca he sido sancionado, siempre he actuado con pleno convencimiento que mi conducta se atempera a la ley y a las buenas costumbres.

Es decir, su señoría mi actuar está justificado bajo los postulados de la buena fe constitucional y de acuerdo a mi manual de funciones, el cual presuntamente su despacho no ha demostrado su trasgresión, solo el hecho de suscribir un contrato.

Por ello y muy respetuosamente reitero a su señoría que esta investigación en mi contra se debe ARCHIVAR por cuanto hay ausencia de méritos para seguir con la investigación. No existió el daño endilgado, mi conducta se atemperó a mi deber funcional; es por lo anterior que solicito a su despacho se tenga en cuenta el principio universal de PRESUNCIÓN DE INOCENCIA que reza "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad[...]."

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla. Que en este caso dicho principio conocido como el "in dubio pro investigado" al igual que el "in dubio pro reo", emana de la presunción de inocencia, pues esta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

315

Así la presunción de inocencia aquí consagrada, se origina en el Estatuto Superior en su artículo 29 y también la encontramos en los artículos 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Configura una de las normas que sustentan el debido proceso, siendo una de las garantías procesales con que cuenta el implicado, dado que el investigador debe partir de la percepción que el disciplinado es inocente y es esa premisa la que de acuerdo a los elementos de prueba debe irse desvirtuando, en tanto que, si esta conclusión no se logra a través de las formalidades propias de cada juicio, se habrá de entender que el sujeto que se juzga no cometió la falta imputada.

Que esta presunción es *iuris tantum* o legal, esto es que no es absoluta ya que admite prueba antípoda. En este orden de ideas este principio es la institución jurídica más importante con la que cuento para ampararme de la eventual arbitrariedad por parte de su despacho

Conforme a lo anterior espero haber acreditado que las contrataciones se hicieron bajo lo establecido en la ley, que las mismas se realizaron por la necesidad de la ciudad y oportunidad temporal, que está justificado el porqué de la adquisición de dichos suministros, que el valor el cual se utiliza como fuente de referencia no puede utilizarse como soporte dado que no atendió a precios del mercado, que por lo contrario las compras se hicieron por economía procesal.

Que no ha existido dolo o culpa grave en mi actuar, por ende, se desdibuja los elementos de la responsabilidad fiscal."

(Folios 231 a 239, las negrillas y subrayas en algunas partes son del escrito)

PRUEBA ALLEGADA A TRAVÉS DE LA INVESTIGACIÓN

En la etapa de indagación preliminar, mediante oficio No. 1600.20.05.17.210 del 20 de febrero de 2017, le fue solicitada a la Secretaría de Tránsito y Transporte, copia de los contratos 228 y 231 del 3 y 4 de diciembre de 2015 y el contrato 003 del 16 de febrero de 2016, con los respectivos estudios previos. (Folio 65)

Mediante Oficio No. 201741520100065071 del 01 de marzo de 2017, la Secretaría de Movilidad, antes Secretaría de Tránsito y Transporte, contestando el oficio 1600.20.05.17.210 del 20 de febrero de 2017, remitiendo copia de los contratos No. 4152.0.26.1.228 del 03 de diciembre de 2015 y 4152.0.26.1.231 del 04 de diciembre de 2015 y el contrato No. 4152.0.26.1.003 del 16 de febrero de 2016 con los respectivos estudios previos. (Folios 71 a 131)

El día 02 de mayo de 2017, el despacho se desplaza a la Secretaría de Movilidad (antes Secretaría de Tránsito y Transporte) con el objeto de allegar a la investigación el contrato de comparación, esto es, el que fuera firmado con el Sr. YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS, cuyo objeto era el suministro de 850 señales de tránsito, por valor de \$165.750.000.00., el cual fue puesto a disposición en la carpeta para su respectivo análisis. (Folios 132 a 148)



El día 19 de abril de 2018, se abrió el SECOP, para indagar sobre la trazabilidad de los contratos cuestionados, siendo copiado lo referente con los contratos 4152.0.26.1.228-2015; 4152.0.26.1.231-2015 y 4152.0.32.003-2016. (Folios 283 a 285)

Dentro de la trazabilidad del contrato 4152.0.32.003-2016, fue bajado del SECOP, lo referente con el Informe Final de evaluación de proponentes de fecha 20 de mayo de 2016 y copia de la Resolución No. 4152.1.0.21.1069-2016 del 23 de mayo de 2016: "Por medio de la cual se adjudica el contrato producto del proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 4152.0.32.003-2016" (Folios 286 a 301)

ANALISIS PROBATORIO

El despacho conforme al material probatorio existente realiza el análisis frente a la ejecución de los contratos 4152.0.26.1.228-2015 del 03 de diciembre de 2015, y 4152.0.26.231-2015 del 04 de diciembre de 2015, frente al contrato No. 4152.0.32.003-2016 del 25 de mayo de 2016 y no del contrato No. 4152.0.26.1.003 del 16 de febrero de 2016, cuyos objetos eran el suministro e instalación de 180 y 175 Señales Verticales Reglamentarias los dos primeros contratos, frente al suministro e instalación de 850 señales de tránsito el último.

Así las cosas al realizar un análisis de la prueba allegada en la presente investigación en relación con la prueba aportada por el proceso auditor frente a los dos primeros contratos, esto es, tanto el contrato No. 4152.0.26.1.228-2015 del 03 de diciembre de 2015 como el contrato No. 4152.0.26.1.231-2015 del 04 de diciembre de 2015, se puede colegir sin a equivocos, que la Secretaría de Movilidad, conocida anteriormente como Secretaría de Tránsito y Transporte finalizando el año 2015, tenía estimado contratar por el proceso de mínima cuantía para satisfacer de señales de tránsito a las comunas 22 y 13 (contrato No. 228) y a la comuna No. 2 (contrato No. 231) de Santiago de Cali.

Prueba de lo anterior son las invitaciones públicas SAMC-STTM-057-2015 (contrato 228-2015) y SAMC-STTM-060-2015 (contrato 231-2015), las que fueron publicadas en el SECOP, los días 27 de noviembre y 04 de diciembre de 2015 respectivamente.

Los contratos 4152.0.26.1.228-2015 y 4152.0.26.1.231-2015, fueron firmados los días 3 y 4 de diciembre de 2015, procesos por los cuales se llevaron a cabo los contratos para satisfacer de señales de tránsito a las comunas 22, 13 y 2, del municipio de Santiago de Cali.

En las invitaciones publicas se observa que el precio del suministro e instalación de señalización vertical fue estimado conforme el análisis del mercado, prueba de lo anterior son los Folios 113 y 114 para la invitación pública SAMC-STTM-057-2015 y Folios 120 vuelto y 121 para la invitación pública SAMC-STTM-060-2015.

Ahora bien, frente a la contratación No. 4152.0.32.003-2016, los estudios previos fueron colgados el día 18 de abril de 2016, el informe final de evaluación de proponentes del 20 de mayo de 2016, fue colgado en el SECOP, el mismo 20 de mayo

316

de 2016 y el acto de adjudicación según la Resolución No. 4152.0.21.1069-2016 del 23 de mayo de 2016, fue publicada en el SECOP, el 24 de mayo de 2016.

En el informe final de evaluación de proponentes, al ganador de la selección abreviada de menor cuantía YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.4. del Decreto 1082 de 2015, se le requirió para que explicara las razones que sustentan el valor ofrecido, **donde el comité lo consideró artificialmente bajo. (Folio 292 vuelto)**

En el escrito del Acta, frente al requerimiento se lee:

"YESID FRANCISCO FERREIRA VILLEGAS, mediante oficio No. 2016-41520-014977-2 radicado en la Ventanilla Única de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, el día 18 de mayo de 2016, manifiesta que la empresa posee una amplia experiencia en ejecutar obras de señalización vial y forma parte de un grupo conformado por varias personas naturales y jurídicas especializadas en este tipo de objeto social, lo cual le permite negociar los materiales e insumos de óptima calidad a precios más económicos, de tal forma que esto lo posibilita hacer ofertas como la que ha presentado.

De igual forma, alude que compra a nivel nacional grandes cantidades de materiales como acero (ángulo y lámina), cinta reflectiva etc., además de contar con una infraestructura para la elaboración de las señales.

(...)" (Folio 292 vuelto)

El contrato de comparación en las presentes diligencias es el No. 4152.0.32.003-2016 del 25 de mayo de 2016 y no el No. 4152.0.26.1.003-2016 del 16 de febrero de 2016, como lo estableció en un principio el proceso auditor, debido a que el proceso auditor aparentemente y por motivos de nomenclatura confundió número más no el objeto contractual, veamos:

El contrato No. 4152.0.26.1.003 del 16 de febrero de 2016, su objeto contractual es la prestación de servicio de apoyo a la gestión en la operación de soluciones informáticas para la atención y monitoreo desde el centro de control ubicado en la carrera 1 No. 14-40 al túnel de la avenida Colombia, en el proyecto denominado FORTALECIMIENTO DE LA RED SEMAFORIZADA DE CALI EBI 17-033172, y

El Contrato No. 4152.0.32.003 del 25 de mayo de 2016, su objeto contractual es: "CONTRATO DE OBRA PARA SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE 850 SEÑALES VERTICALES PREVENTIVAS, INFORMATIVAS Y REGLAMENTARIAS PARA LA MALLA VIAL DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, INCLUIDA LA REMOCIÓN DE LAS SEÑALES DAÑADAS Y DETERIORADAS"

Ahora bien, frente a los hechos materia de investigación, en especial la comparación de la compra que inicialmente se realizó a través de la modalidad de mínima cuantía frente a la compra realizada por la característica de selección abreviada de menor cuantía o subasta inversa, no da lugar para continuar con las presentes diligencias, toda vez, que los dos sistemas están consagrados en la ley y pueden ser usados por el ordenador del gasto que en ese momento este atendiendo el procedimiento de compra; al respecto veamos lo que dice la norma sobre dichos tipos.



Selección abreviada

La Selección abreviada según la ley 1150 de 2007 se adelantara en los casos en que las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, permitan un proceso simplificado, garantizando siempre la selección objetiva del contratista.

La ley ha determinado como causales:

- ✦ La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.
- ✦ La contratación de menor cuantía.
- ✦ Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.
- ✦ La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial;
- ✦ La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.
- ✦ Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;
- ✦ Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifican el artículo 32 de la Ley 80 de 1993;
- ✦ Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo, incluidos los contratos fiduciarios que demanden;
- ✦ La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Mínima cuantía

La modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento de la menor cuantía de las Entidades Estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales. La modalidad de selección de mínima cuantía es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la Entidad Estatal, sin importar la naturaleza del contrato. La modalidad de selección de mínima cuantía es un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento de la menor cuantía de las Entidades Estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales. La modalidad de selección de mínima cuantía es aplicable a todos los objetos de contratación cuando el presupuesto oficial del contrato sea inferior o igual a la mínima cuantía de la Entidad Estatal, sin importar la naturaleza del contrato.

317

El despacho advierte igualmente que en dicho mes igualmente dicha secretaria realizo un Proceso de Selección Abreviada de menor cuantía, Radicado bajo el No **SAMC-STTM 4152.032.038** de 2015, el cual atendía al plan de compras, donde se compraron 1500 unidades de señales instaladas a un costo promedio de \$ 329.000 unidad.

Proceso que no fue observado por la comisión, donde es fácil advertir que para esa época según los estudios de mercado de Colombia compra eficiente, y adquisiciones efectuadas por entidades públicas, el valor de las negociaciones efectuadas por la secretaria de tránsito a través de contratación directa de mínima cuantía, materia de reproche estaban ajustadas a la mismas.

Se hace necesario establecer por el despacho que la valoración efectuada por la comisión de auditoría, de un proceso de compra de diciembre por otro realizado meses después, no puede mirarse bajo la misma óptica o modalidad contractual, por cuanto no son de igual característica en cantidad y tiempo de entrega, así mismo el despacho igual no se puede entrar a juzgar el motivo o razón jurídico desde el punto de vista económico, en especial la escogencia en la segunda modalidad que nos ocupa como es la Selección Abreviada de menor cuantía, debido a que el ganador de este procedimiento, fue enfático en afirmar y demostrar la razón por la cual acudía con los precios más bajos del mercado, al manifestar que puede comprar materiales a nivel nacional en grandes cantidades de acero como son los ángulos y la lámina y fuera de eso, cinta reflectiva, elementos éstos indispensables para hacer las señales reflectivas de tránsito que para ese momento se necesitaban.

El proceso auditor se equivoca al decir, que dos meses después de entregar la contratación de mínima cuantía (diciembre) se contrató por el sistema de subasta inversa (febrero), donde se desprende, que no fue subasta inversa, sino el procedimiento de Selección Abreviada, donde aparecen más de 20 oferentes y fuera de eso el procedimiento es a partir del mes de abril el cual culmina en el mes de mayo de 2016, esto es, cinco (5) meses después del proceso de mínima cuantía, además de lo anterior hay que tener en cuenta que el oferente ganador, presentó la oferta más baja desde el punto de vista económico, lo cual pudo justificar, argumentando la razón por el cual presentó la oferta más económica, esto es, consiguiendo los elementos a nivel nacional lo que le permite negociar los materiales e insumos de óptima calidad a precios bien económicos.

Se observa con detenimiento que el ordenador del gasto de la Secretaría de Tránsito y Transporte, para la finalización del año fiscal 2015, traía un plan de compra de señales de tránsito y consideró que podía comprar con los precios del mercado de ese momento, en especial con los de Colombia Compra Eficiente, donde compró con estos precios, igual hay que tener en cuenta que debía cumplir con las necesidades de las comunas 22, 13 y 2 del Municipio de Santiago de Cali.

El contrato celebrado por la siguiente administración en la consecución de 850 señales de tránsito, no puede ser objeto de comparación con los contratos celebrados en la finalización de la anterior administración, toda vez, que las señales en sí estaban destinadas para toda la ciudad y no para una o dos comunas como aconteció con los

dos contratos, donde igual se analiza que a mayor cantidad de compra menor es el precio, esto es, no podemos comparar el precio de 850 señales frente al valor de 180 señales de tránsito, donde la proporción es del 20% frente al 80%, o sea, de 1 a 4, obviamente, entre más cantidad más económico debe salir el precio, o a contrario *sen su*, a menor oferta mayor su valor, no es lo mismo, 850 a 180.

Merece entonces justipreciar la prueba bajada del SECOP, que indica que la contratación del contrato de comparación es de mayo de 2016 y no de febrero de ese año, dando una diferencia de comparación de cinco (5) frente a dos (2) meses, por lo tanto no es aceptado lo dicho o manifestado por el proceso auditor.

El despacho evidenció que es cierto lo esgrimido en su defensa por el Dr. ALBERTO HADAD LEMOS, ordenador del gasto para la finalización del año 2015 frente a la contratación del año 2016, en especial el tratamiento de los precios ofertados por el ganador de la selección abreviada de menor cuantía frente a los precios del mercado de Colombia Compra Eficiente para el año 2015.

CONSIDERACIONES

El fundamento del proceso de responsabilidad fiscal es determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Está regulado por las Leyes 610 del 2000 y 1474 de 2011; debe observarse en él, las garantías sustanciales y procesales propias de los procesos administrativos, a las que se sujetó el presente asunto.

Para proferir Auto de imputación de responsabilidad fiscal, se debe cumplir con los presupuestos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, que establece:

"Artículo 48. 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. El auto de imputación deberá contener:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado."

En dicho sentido se hace necesario establecer si los hechos generadores enunciado por el proceso auditor, generaron un daño patrimonial, en dicho sentido vale establecer si lo ofertado en el año 2016 puede ser objeto de comparación con los precios de diciembre del año 2015, para acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

El despacho considera que existió un error de Interpretación por parte del proceso auditor, por cuanto, para el segundo semestre del año 2015, los precios del mercado junto con el presupuesto oficial daba para que las señales de tránsito tuvieran un valor de \$350.000,00, en promedio.

Esta cifra no puede ser objeto de comparación con el valor propuesto por el oferente de la modalidad del primer semestre del año 2016, quien ofertó un precio por debajo de lo que en ese momento estaba establecido, por cuanto, el oferente es un empresario con alta competitividad con el objeto de querer ganar el contrato como efectivamente ocurrió por haber ofertado por debajo de lo que normalmente cuestan las señales, teniendo en cuenta que este contratista podía conseguir la materia prima y los elementos para hacer las señales relativamente baratas, siendo la razón por la cual el comité de evaluación lo llamó y le preguntó el porqué de la oferta presentada con esos valores, dando respuestas que fueron verificadas por el comité quien en últimas le entregó el contrato a este contratista venido de la capital de la república de Colombia – Bogotá D.C.

El valor de \$195.000.00 ofertado por el contratista de la modalidad selección abreviada de menor cuantía, el cual está casi por el 55% menos de lo presentado en la modalidad de mínima cuantía \$352.000.00, da lugar a lo estimado por este contratista como antes lo hemos dicho, toda vez que, él mismo manifestó que podía sostener este valor por la experiencia y la forma de consecución de materiales, por lo tanto, no es posible hacer la comparación tal como fue planteado por el proceso auditor, de este contrato con los contratos de la modalidad de mínima cuantía 228 y 231 suscritos el 3 y 4 de diciembre de 2015 respectivamente.

El despacho advierte que el presunto detrimento determinado por la comisión de auditoría y conforme a la verificación de lo observado en el SECOP, permiten colegir que no se dan los presupuestos para imputar responsabilidad fiscal; ya que no se pudo demostrar el daño, a pesar de las presuntas irregularidades presentadas por el proceso auditor, por ende no hubo daño patrimonial, porque no es lo mismo haber contratado por la modalidad de mínima cuantía en el segundo semestre del año 2015 que haber contratado por la modalidad de selección abreviada de menor cuantía en el primer semestre del año 2016.

Igualmente, es indispensable establecer que la conducta dolosa o gravemente culposa es atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; si bien es cierto los secretarios de tránsito y transporte tanto en el año 2015 como en el año 2016, como ordenadores del gasto son los gestores fiscales, su comportamiento activo u omisivo no provocó daño patrimonial alguno, ni fue realizado con culpa grave o dolo; pues está demostrado que realizaron las verificaciones de caso, donde los procedimientos se realizaron de acuerdo con las instrucciones establecidas por la ley y aplicadas en la entidad; en relación a la población beneficiada (comunales) o para la ciudad propiamente dicha, y como se evidenció bajo la presunción de buena fe frente a los soportes, por lo cual su actuar está desprovisto de culpa alguna.

En cuanto a la presunción de culpa grave consagrada en literal e) del artículo 118 de la Ley 1471 de 2011, establece:

"Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) (...)

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales"

Se desvirtúa dicha presunción, dado que frente al cumplimiento de los contratos reprochados 228-2015 y 231-2015 en comparación con el contrato 003-2016, no se evidencia daño patrimonial alguno, donde frente al nexo causal se tiene que entre la actuación imputable al agente y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo cual quiere decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación. Para que exista esa relación de causalidad, el hecho o actuación, debe ser determinante del daño y debe ser el acto idóneo para causar dicho daño.

Por otra parte, como consecuencia de la necesidad de este nexo, sin el daño no puede imputarse a la administración o a un Gestor Fiscal en particular Responsabilidad Fiscal, es decir, no habrá responsabilidad, como sucede cuando el daño es producido por fuerza mayor o caso fortuito o por el hecho de un tercero.

En estas condiciones, lo determinante es establecer si se dan los elementos constitutivos de toda responsabilidad fiscal, como son el hecho, que para el caso, es la conducta activa u omisiva del funcionario encartado a título de dolo o culpa grave, el daño, perjuicio o detrimento injustificado o antijurídico del erario o del patrimonio del Estado, y la relación de causalidad entre uno y otro.

Frente a esta situación se observa que el investigado obró con buena intención o de manera subjetiva clara, en las actuaciones públicas que desempeñó, ahora bien, la conducta señalada en la norma Constitucional es más de carácter subjetivo, en el entendido que el servidor público deberá actuar conforme a derecho y, además, en forma clara cuando desempeñe funciones públicas.

Por lo anterior es de vital importancia subrayar que la responsabilidad de los agentes del Estado surge como consecuencia de un proceso de fortalecimiento del compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que está llamado a desempeñar a favor de las sociedad y en beneficio general, y pretende desempeñar los principios superiores de moralidad pública, eficiencia y eficacia administrativa (C.P. Artículo 209), defensa del interés general y garantía del patrimonio público (C.P. Artículo 2°)" (Gil, E. 2010, Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 2003).

Es decir, el ejercicio de funciones públicas implica además del simple cumplimiento estricto de la ley, un compromiso personal por el fortalecimiento de las entidades públicas y de la confianza de los ciudadanos en sus autoridades, desarrollando de manera simultánea los principios de la administración pública como la moralidad administrativa y la responsabilidad, de tal manera que se logre el cumplimiento de los fines estatales.

En dicho sentido sobre la imputación efectuada se deben aplicar en primer lugar el principio de proporcionalidad, en la racionalización de la facultad resarcitoria, evitando la arbitrariedad y el desborde de la actuación del operador jurídico, enmarcado dentro de la medida y la ponderación, para efectos de aplicar la equidad a los investigados, en el caso que nos ocupa, en el entendido que esta debe guardar relación directa con la violación de las obligaciones que tienen los investigados para con el organismo fiscalizador.

Es por ello que la proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: *la prohibición de exceso y la prohibición de defecto*. "... El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación...". Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación.

Por lo cual no es posible determinar responsabilidad por ausencia de la conducta, por ende, debe establecerse el archivo de la presente investigación, advirtiendo que si bien se evidencia ciertos incumplimientos, existen atenuantes o eximentes como son la confianza legítima de que dichos pagos se ajustaban a derecho. Por lo cual es necesario indicar que por sustracción de materia dicha conducta no puede ser reprochada a los investigados.

Ahora bien, dicha confianza legítima se materializa bajo el principio de coordinación administrativa la cual implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. Lo cual para el despacho puede diluir la responsabilidad de los investigados, pero frente al grado de culpabilidad.

Teniendo el debido proceso como una de las disposiciones de mayor trascendencia e importancia como quiera que consagra aquél conjunto de garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano y en el caso que nos ocupa de ser sometido los aquí investigados.

Una vez ha quedado claro que no es posible, ni necesario, hacer un examen de las formas de comportamiento, debe reconocerse que existen otras formas o manifestaciones de la responsabilidad objetiva que sí están proscritas en el proceso fiscal.

Estas son precisamente aquellas formas propias del proceso a las que hace referencia la jurisprudencia, conforme se señaló atrás y otras más, y son las que conducen a concluir que la esencia de la responsabilidad objetiva, esto es, la simple acción u omisión, ya no bastará para hacer responsable al agente. Estas formas son:

- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancione a las personas por razón de su cargo u oficio sin más consideraciones, v.gr. el que se sancionara al representante legal o al revisor fiscal por el sólo hecho de serlo, sin tener en cuenta de una manera precisa sus funciones específicas, la época de los hechos confrontada con la época de su ejercicio, una relación de causalidad entre omisión y resultado, etc.
- La responsabilidad objetiva por virtud de la cual se sancionara sin estimar si para la época de los hechos estaba vigente la norma que reprime el comportamiento, o que determina su sanción.

Con frecuencia se presentan actos u omisiones cuya imputación a un determinado sujeto (servidor público) no admite duda, y que desde el punto de vista material presenta los caracteres externos de la conducta fiscal, pero que, sin embargo, desde el punto de vista

de la fuerza moral subjetiva o acción psíquica, carecen de contenido culposo o doloso y no constituyen una violación de la norma fiscal.

La ética de la responsabilidad, que el derecho eleva a categoría normativa, impone a los servidores públicos o a quien aspire a serlo, el proceder con el máximo de prudencia y ponderación. Téngase en cuenta que aquello que se pone en manos del servidor público, como agente del Estado, es lo máspreciado de la justificación axiológica de éste: la realización de sus fines (Artículo 2 constitucional).

Ahora bien, las decisiones equivocadas o no de los servidores públicos o las actuaciones irregulares en que hubiere podido incurrir con motivo o como consecuencia del ejercicio de la función pública que le han sido encomendada no siempre constituye falta alguna, porque para poder establecer si realmente ha incurrido en violación a una disposición de esta jurisdicción, debe demostrarse con certeza de que actuó dolosamente o con culpa grave circunstancia que igualmente no puede predicarse en esta investigación.

En esencia, la confianza legítima consiste en que se debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que las personas deben ser protegidas frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente.

Así las cosas para establecer responsabilidad, se supone la adopción del principio de tipicidad y culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario. Y los investigados, no fue determinante en la producción del resultado, fueron diligentes en las diferentes acciones que adelantaron con la confianza legítima de que estas eran las que tenía que ejecutar; encontrándonos frente a la constitución de una causal de justificación que la excluye de toda responsabilidad.

Este Despacho considera, que una vez evaluado los descargos y las pruebas recaudadas en el proceso, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y efectuado el análisis de los hechos objeto de investigación y el análisis de las explicaciones dadas concluye que, ante la existencia de una causal de atipicidad y eximente de responsabilidad, al no poderse establecer de manera cierta un daño fiscal, por ende tampoco la proscripción de responsabilidad objetiva.

Así las cosas tenemos que en el presente proceso de responsabilidad fiscal, en este momento procesal no se integran los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal, es decir, no se dan los presupuestos para Imputar Responsabilidad Fiscal, conforme lo regla el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, por lo que en ese estado se deberá proferir el

320

archivo del proceso de responsabilidad fiscal a favor del vinculado señor ALBERTO HADAD LEMOS, en su calidad de EX Secretario de Tránsito y Transporte, para la fecha de ocurrencia de los hechos enunciados.

Así las cosas procederá la Dirección, a archivar la presente actuación, conforme al artículo 47 de la Ley 610 de 2000:

"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 o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad fiscal..."

En mérito de lo expuesto, la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Cerrar el Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado con el No. 1600.20.10.17.1272.

ARTICULO SEGUNDO: Archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1600.20.10.17.1272, a favor del señor:

NOMBRE: ALBERTO HADAD LEMOS
CEDULA No.14.984.455 de Cali
CARGO: Secretario de Tránsito y Transporte

De los terceros civilmente responsables

ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT No. 850.026.182-5,
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA NIT.
No. 891.700.037-9, COLPATRIA S.A. NIT. No.
860.002.184-8, QBE SEGUROS S.A. NIT No.
860.002.534-0, quienes mediante la Póliza Global No.
1501215001153, vigencia 16/11/2015 a 30/01/2016,
amparaban al Dr. Alberto Hadad Lemos, en calidad de
Secretario de Tránsito y Transporte en cuantía de
Setecientos Millones de Pesos (\$700.000.000.00)

No obstante en el evento en que aparecieren o se
aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de
un daño patrimonial se procederá a la reapertura del
proceso.

ARTICULO TERCERO: Notificar por Estado la presente providencia.



ARTÍCULO CUARTO: Una vez notificado por estado esta providencia, remitir el expediente al Superior Jerárquico dando cumplimiento a lo reglado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, para que surta el Grado de Consulta, en defensa del Interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

ARTÍCULO QUINTO: En firme la presente providencia, notificar esta decisión al sujeto procesal;

NOMBRE: ALBERTO HADAD LEMOS
CEDULA No. 14.984.455 de Cali
CARGO: Secretario de Tránsito y Transporte

De los terceros civilmente responsables:

ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT No. 850.026.182-5,
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA NIT.
No. 891.700.037-9, COLPATRIA S.A. NIT. No.
860.002.184-6, y QBE SEGUROS S.A. NIT No.
860.002.534-0

ARTICULO SEXTO: En firme la presente decisión comunicar a

Dirección Técnica ante Sector Físico de la Contraloría
General de Santiago de Cali.
Al señor alcalde del Municipio de Santiago de Cali-
Secretaría de Educación
Al contador del Municipio de Santiago de Cali.

ARTICULO OCTAVO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

CONSULTÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Santiago de Cali a los cinco (05) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018).


JORGE ELIECER RUIZ CORREA
Director Operativo de Responsabilidad Fiscal

JERC/OAC/Auto Archivo expediente 1600.20.10.17.1272