

**Armenia Quindío, 08 de Junio de 2018**

**DOCTORES**

**KATHERINE PULECIO GOMEZ**

Directiva colegiada ponente

**GESNER ARNETH RENGIFO ARIAS**

Directivo Colegido

**EDGAR FABIÁN BLANCO CARDONA**

Directivo Colegiado

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

**GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO**

**GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO.**

**E.S.D.**

Contraloría General de la República :: SGD 08-06-2018 17:10  
Al Contratar Cite Este No.: 2018ER0059742 Fol:18 Anexo:0 PA:0  
ORIGEN JUAN SEBASTIÁN HENAO GARZÓN  
DESTINO 80833-GRUPO DE INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DE  
QUINDÍO / JOSÉ WILLIAM TORRES GÓMEZ  
ASUNTO PRF 2017-01200 SUSTENTACION RECURSO DE REPOSICION  
OBS

**018ER0059742**

RECIBIDO CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

**REFERENCIA: SUSTENTACIÓN DE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL AUTO 00031 DEL 03 DE MAYO DE 2018 "AUTO POR EL CUAL SE DECRETAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL N° PRF-2017-01200" NOTIFICADO EN ESTRADOS EL DÍA 24 DE MAYO DE 2018.**

**JUAN SEBASTIÁN HENAO GARZÓN**, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en nombre y representación del señor **FERNANDO DE JESUS CALLE MOREÑO** quien se identifica con la C.C. N° 14.322.663 de San Luis (Ant.), de manera respetuosa y actuando dentro del término legal, facultado en los artículos 110 de la Ley 1474 de 2011, arts 74 y s.s. de la Ley 1437 de 2011, artículos 2, 29, y 90 de la Constitución Política y artículo 590 del C.G.P, mediante el presente escrito presento la sustentación del recurso de reposición interpuesto en audiencia del día 24 de mayo del corriente año, en los siguientes términos:

No se desconoce que de acuerdo a los parámetros de la ley 610 de 2000 y la ley 1474 de 201, esta colegiatura tenga la facultad de "decretar medidas cautelares" sobre los bienes del presunto responsable fiscal que represento. No obstante, se considera que se ha generado una medida más gravosa para mi mandante, que la que pudiere soportar en virtud del trámite que se adelanta por el despacho al desatenderse por no evaluarse, criterios de por las razones que en adelante expongo:

En primer término, la colegiatura cumple con las directrices de los incisos primero y segundo del artículo 103 de la Ley 1474 de 2011, cuyo aparte se transcribe:

"En el auto de apertura e imputación, deberá ordenarse la investigación de bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando y deberán expedirse de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes.

Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta. (...) "

Posteriormente, procede a ampararse en el artículo 12 de la Le 610 de 2000, que faculta a este cuerpo colegiado a decretar "medidas cautelares" igualmente sobre bienes del presunto responsable fiscal, pero con un ingrediente normativo que se resalta:

"por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario" RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL.

Más adelante, se sustenta jurisprudencialmente la constitucionalidad de la medida de acuerdo al fin precautelativo perseguido, resaltando de acuerdo a la sentencia C-3791 de 2004, el siguiente aparte que se transcribe y que le sirve de sustento a la contraloría para justificar la medida, pero que también le da razones de peso a esta defensa para rebatir la decisión adoptada por la colegiatura, pues, de la lectura del aparte que se transcribe, se ha subrayado parte de la argumentación que referiré en adelante, veamos:

" Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que "aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio." RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL.

Finalmente, se estructura el procedimiento de "embargos" con base en los artículos 593 y 599 del C.G.P, por remisión expresa del artículo 66 que reza:

" Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal."

No obstante lo anterior, la colegiatura desatiende la norma inicial que por remisión debió invocar, cual era el artículo 590 del C.G.P que refiere la posibilidad de práctica de medidas cautelares en procesos declarativos y que expresamente refieren la "inscripción de la demanda " así:

**ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS.** En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. (...)

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306 “

De la transcripción de las normas en cita, se puede extraer que:

Tanto la ley 610 de 2000, como la ley 1474 de 2011 le otorgan facultades Al administrador judicial para decretar y practicar "medidas cautelares". Nótese, como es genérico el tópico y obligatoriamente el artículo 66 de la Ley 610 de 2000 remite a otras áreas del derecho para efectos de cubrir el vacío en lo atinente a la clase de medidas cautelares que se pueden practicar en procesos declarativos, destacándose en primera medida la " inscripción de la demanda " del artículo 590 del C.G.P. que regula expresamente la práctica de medidas cautelares en procesos declarativos, como el que nos ocupa, y fundándose el acto administrativo que se rebate, en una norma diferente y posterior al que regula concretamente el asunto, al referirse a los artículos 593 y 599 de la misma codificación, correspondiente al embargo y no a la inscripción de la demanda que es la primera medida que se extrae de la norma que se invoca (art 590 C.G.P ) y que no funda el acto administrativo objeto de análisis.

Dentro de la norma que debió invocarse, igualmente resalta:

(...)Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.(...)

Por tanto, se considera que el despacho, al desconocer la norma que por remisión se debió invocar para efectos de decretar la medida correspondiente - Inscripción de la demanda- y esto, en gracia de discusión de aceptarse la viabilidad del decreto de una medida cautelar. Por lo expresado, se ha generado una causal de nulidad de los actos administrativos, cual es: "cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse" con base en lo reglado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Dilucidado lo anterior, se considera que este despacho ha incurrido en lo que se denominaría como la **EXISTENCIA DE UN DEFECTO SUSTANTIVO O MATERIAL QUE VULNERA LA PRESUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE QUE LESIONA EL DERECHO DE DEFENSA Y LA IGUALDAD**. Esto, debido a que la colegiatura ha incurrido en dos (2) de los requisitos o condiciones disyuntivos constitucionales y decantados jurisprudencialmente para efectos de la toma de decisiones, los cuales son:

- 1. cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática ( Sentencia T-781/11)*
- 2. cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada ( Sentencia T-781/11)*

En cuanto al primero de los requisitos mencionados, al no aplicarse el artículo pertinente -art 590 del C.G.P- se desconoce flagrantemente la norma expresa que se debió invocar para decretarse la medida cautelar, lo que genera una nulidad en los términos del artículo 137 del C.P.A.C.A. y los parámetros que configuran un defecto sustantivo o material.

En lo atinente al segundo de los requisitos extraídos de la jurisprudencia en sede de tutela, se colige, que el hecho de no observar la norma pertinente - art 590 del C.G.P- y por tanto inaplicarla, genera un desbalance argumentativo que no daría lugar a la imposición de la medida cautelar que soporta mi mandante, debido a que las medidas de embargo tienen su razón de ser en trámites y/o procesos en donde el derecho que se reclama ya ha sido declarado, pronunciando éste que no se ha dado en este trámite, pues apenas nos encontramos en una primera etapa en donde la colegiatura no ha podido declarar un derecho a dejar indemne el erario público, por acciones u omisiones que no se encuentran probadas más allá de toda duda razonable, y no tenemos un título ejecutivo que permita directamente embargar a mi mandante.

Respecto del defecto sustantivo o material, existe análisis jurisprudencial, respecto del cual se destaca el siguiente:

**"Sentencia T-781/11**

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedibilidad**

**DEFECTO SUSTANTIVO O MATERIAL-Casos en que se configura**

*Cómo ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicable; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen*

*efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. " NEGRILLA Y RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL.*

Ahora bien, una medida justa y razonable debe ser primero, no decretar medidas cautelares, solo en los bienes de mi defendido, pues, el embargo a que se vió avocado viola el derecho de defensa e igualdad cuando existen un sinnúmero de pólizas que en virtud de las exigencias legales, se contrataron a cabalidad y respaldan un posible detrimento. Entonces, ¿por el solo hecho que los demás posibles responsables fiscales no tengan la titularidad del dominio de bienes, entonces estos, si se amparan en las pólizas contratadas y mi mandante se encontraría excluido de esa facultad de amparo derivado del contrato de seguro solo por tener el 50% de un inmueble a su nombre? Lo que denota un trato desigual y ajeno a la garantía constitucional al debido proceso y vislumbra casi un prejuzgamiento, pues, no tiene el teniente coronel calle moreno que soportar un trato distinto al de los demás investigados.

De la existencia de estas pólizas y su vigencia, se encuentra debidamente enterado el despacho, y ha citado a cada uno de los legitimados como terceros civilmente responsables, sin embargo, se describen para efectos de demostrar la falta de necesidad de un embargo del 50% de un inmueble, que en poco o nada garantiza, lo que si podría un tercero civilmente responsable de vencerse a mi mandante en este trámite y así no perjudicar desde ya su menguado patrimonio sin anteceder su derecho constitucional de defensa.

**PÓLIZAS QUE AMPARAN UN POSIBLE DETRIMENTO Y QUE DESVIRTÚAN LA NECESIDAD Y RAZONABILIDAD DEL EMBARGO DEL 50% DEL DERECHO DE DOMINIO QUE OSTENTA MI REPRESENTADO RESPECTO DEL INMUEBLE IDENTIFICADO BAJO EL FOLIO DE MATRICULA INMOBILIARIA 280-130746**

Compañía Aseguradora: QBE SEGUROS S.A - NIT 860.002.534-0 Póliza No. 000705407955 - «Póliza de manejo para entidades oficiales», expedida el 2015/01/19, vigente desde el 2015/01/01 hasta el 2015/12/31. Asegurado: MDN - EJE- DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA - NIT. 800.130.632-4. Valor asegurado \$1.000.000 000,00, sin deducible.

Coaseguros: Código: 1309 - Aseguradora QBE SEGUROS S.A - Porcentaje de participación. 21.5%. Valor asegurado \$215.000.000,00. Código: 891700037 -

Aseguradora: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - porcentaje de participación: 11.9999967%. Valor asegurado \$119.999.967,00. Código: 860002400 -

Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. - porcentaje de participación. 21.5000039%. Valor asegurado: \$215.000.039. Código: 860002184 -

Aseguradora: SEGUROS COLPATRIA S A. - porcentaje de participación: 22.4999997%. Valor asegurado: \$224.999 997 Código: 860026182 -

Aseguradora: ALLIANZ SEGUROS S.A. - porcentaje de participación: 22 4999997% Valor asegurado: \$224.999.997.

Compañía Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - NIT. 860.002.534-0. Póliza No. 000706237137 - «Póliza de manejo para entidades oficiales», expedida el 2016/01/04, vigente desde el 2016/01/01 hasta el 2016/12/31 Asegurado: MDN - EJE- DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA. - NIT. 800.130.632-4, valor asegurado \$1.000 000.000,00, sin deducible. Coaseguro: Código.1309 -

Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - Porcentaje de participación: 21.50% Valor asegurado: \$215.000 000,00. Código. 891700037 -

Aseguradora: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - Porcentaje de participación: 12%. Valor asegurado. \$119.999.967,00. Código: 860002400 -

Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, Porcentaje de participación: 21.50% Valor asegurado: \$215.000.039,00. Código. 860002184 - Aseguradora: SEGUROS COLPATRIA S A. Porcentaje de participación 22 50% Valor asegurado: \$224.999.997,00 Código.860026182 -

Aseguradora ALLIANZ SEGUROS S A - Porcentaje de participación: 22.50%. Valor asegurado: \$224.999 997,00. LIBERTY SEGUROS S.A. NIT. 860 002 534-0. Póliza No. 2448868 - fecha de expedición: 2014-12-24 - y anexo de modificación de fecha 2015-09-07. Contrato de Mantenimiento y Adecuación No. 078-BASPC08-2014.

Póliza de Cumplimiento a favor de entidades estatales (Decreto 1510 de 2013) Tomador: RIMARCO SAS. Asegurado y beneficiario.MDN EJÉRCITO NACIONAL BATALLÓN DE ASPC No. 8 CACIQUE CALARCÁ NIT. 800.130 829-8. Riesgos asegurados: Cumplimiento del Contrato. \$117.040.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2016-02-11 (según anexo de modificación). Estabilidad y calidad de la Obra \$117.040 000 00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2019-12-24 (según anexo de modificación) Calidad de los bienes \$117.040.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2018-10-11 (según anexo de modificación), sin deducible.



LIBERTY SEGUROS S.A. - NIT. 860.002.534-0. Tomador Grupo Empresarial FARMAQ S A S. Póliza No. 2448854 - fecha de expedición 2014-12-24 - y anexo de modificación de fecha 2015-09-07. Contrato No. 079 - BASPC08-2014 Póliza de Cumplimiento a favor de entidades Asegurado y beneficiario. MDN EJÉRCITO NACIONAL BATALLÓN DE ASPC No. 8 CACIQUE CALARCA NIT 800.130.829-8 Riegos asegurados: Cumplimiento del Contrato: \$6.160.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta modificación). Calidad del Servicio: el 2015-10-30 (según anexo de \$6.160.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2016-06-30 (según anexo de modificación). Sin deducible

Ahora bien, al someter la razonabilidad legal y constitucional de la medida, pues claramente tiene que primar el carácter garantista de nuestra carta política, pues, de haberse revisado la norma ( art 590 del C.G.P) la colegiatura hubiere podido:

. Estudiar la apariencia de buen derecho que ostenta mi representado, pues su participación fue disminuida en el tiempo que duró como ordenador del gasto, al punto, que ni efectuó desembolsos de dinero que originó el caso que nos ocupa como se observa:

**Extremo temporal de responsabilidad como ordenador del gasto del señor TC. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO.**

Dentro de las directrices establecidas por la Contraloría General de la Republica, se hace necesario determinar "individualmente" el grado de responsabilidad Fiscal imputable a cada presunto responsable fiscal y en el proceso que nos ocupa aparecen dos personas naturales y dos personas jurídicas a saber:

- a) Teniente Coronel **FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.322.663 Comandante y ordenador del gasto del Batallón de ASPC No. 8 "CACIQUE CALARCA".

**CONTRATANTE**

- b) Teniente Coronel **EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO**, identificado con la cédula de Ciudadanía No. 79.643.255 Director de la Central Administrativa y Contable CENAC Armenia y Ordenador del Gasto.

**CONTRATANTE**

- c) **RIMARCO SAS** - NIT. 900.075.341-3 representada legalmente por el señor JOISMAR NAYIBE QUIROZ QUINTERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 52.774.905.

**CONTRATISTA.**

- d) **GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S.** NIT. 900.129.037-2 representado legalmente por el señor JOSE WILLIAM ADARME ALBARRACIN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.579.022.

**Contratista con funciones de apoyo a la supervisión.**

Los dos primeros mencionados fungen como ordenadores del gasto (contratantes), en diferentes momentos dentro del contrato de mantenimiento y adecuación No. 078 - BASPC08-2014, por lo que es estrictamente necesario y útil para la demarcación de la posible responsabilidad fiscal que los extremos temporales estén debidamente establecidos y además de eso; en aras de garantizar una legítima defensa, se debe propender por cuantificar en términos monetarios el grado de afectación económica en que supuestamente se afectó el patrimonio público por cada uno de ellos, lo cual hasta el momento no existe, ya que se habla en todo momento de una cuantía del daño por valor de QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M-CTE ( \$ 541.803439.19), sin discriminación alguna, lo cual es necesario que se aclare por parte de ese ente de investigación.

Como se ha venido mencionando a lo largo del proceso, el señor TC. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO, funge como ordenador del gasto dentro del proceso de la referencia solamente en la parte precontractual que va desde el 21 de noviembre de 2014 hasta el día 26 de Diciembre de 2014, fecha en la cual se adjudica el pluricitado contrato a la sociedad RIMARCO S.A.S, mediante resolución N° 216 de esa misma fecha "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONTRATO DE OBRA PARA MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DEL CENAC ARMENIA EN EL BASPC8", y a partir de ese momento su única intervención en el proyecto solo fue el 13 de enero de 2015, cuando se suscribe el acta de inicio con el contratista RIMARCO S.A.S., y el supervisor (GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S) por un término de Cinco meses. Contados desde el trece (13) de Enero de 2015 hasta el trece (13) de Junio de 2015. Es de anotar que el señor Oficial Calle Moreno, lo cual debe quedar muy claro para la Contraloría, solo permanece como ordenador del gasto hasta el mes de enero de 2015, fecha en la cual se entrega todo el proceso al señor CR. EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO; en ese orden de ideas es necesario, útil y procedente que se diga cuáles fueron las afectaciones al patrimonio público que se evidenciaron entre el mes de Noviembre de 2014 y el mes de Enero de 2015 y se tase el valor de dicho daño imputable al señor TC. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO.

. Revisar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada, y respecto de la efectividad y proporcionalidad de la medida, no se hace un análisis distinto a que con esta se garantizan los efectos del fallo de responsabilidad fiscal (C-054 de 1997), que se busca prevenir que el investigado se insolvente para anular o impedir los efectos del fallo (pag 5 de 10 del auto que se recurre), y finalmente en el folio 10 de 10 se establece: " a fin de que no se haga nugatorio un posible fallo con responsabilidad fiscal" se resuelve decretar la medida de embargo objeto de disquisición es decir, con base en un argumento de presunción de mala fe y no de buena fe, como lo exige el debido proceso administrativo.

Por lo anterior, al desconocerse la norma expresa que afecta el trámite de la medida, poco o nada se argumentó respecto del test de necesidad, efectividad y proporcionalidad de la misma, criterios indispensables en un estado social de derecho, y la reflexión es simple:

Necesidad de la medida: Se diluye en el sentido que mi poderdante ni había realizado actos de disposición de la porción del inmueble del cual es titular, y las pólizas contratadas cuentan con amparos millonarios que el lote por si mismo, podría cubrir de declararse fiscalmente responsable. Entonces, ¿Por qué razón presumir la mala fe y sacar la porción de su inmueble del comercio?

Efectividad y proporcionalidad de la medida: No es efectiva de ninguna manera porque no garantiza lo estatuido en el artículo 12 de la Ley 610 de 2000

"por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario"

Y nada se dijo sobre el monto que cubre el 50% de un lote desvalorado, entonces, ¿es proporcional para un presunto desmedro del patrimonio público? ¿No hubiese sido mejor, en gracia de discusión -la inscripción de la medida- y así, se podrían proteger recursos públicos, sin sacar el inmueble del mercado?. No obstante, al no valorarse la norma que se pudo invocar, queda el despacho sin un sustento legal fortalecido que pudiese enervar la fortaleza de las disposiciones constitucionales e internacionales que amparan el derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, para revisar los requisitos de necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida se debió efectuar un análisis de una posible responsabilidad de mi mandante de acuerdo al daño patrimonial aparentemente causado al Estado, y si el componente general del mismo es técnico y se fundamenta en un peritaje de esta misma entidad deberá revisarse el daño para establecer una medida tan gravosa en el patrimonio de mi defendido así:

#### **Del daño patrimonial al Estado.**

Hay que destacar el hecho que de acuerdo a lo normado por el inciso primero del artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con el artículo 5° de la misma, para que el funcionario competente profiera fallo con responsabilidad fiscal contra el presunto responsable, deben reunirse los elementos de la responsabilidad fiscal, a saber: (i) un daño patrimonial al Estado; (ii) una conducta dolosa o culposa a título de culpa grave atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y, por último, (iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores; cosa que no ha ocurrido hasta el momento, puesto que la columna vertebral de la responsabilidad fiscal se encuentra soportada en un informe técnico que dice *... "la obra no puede ser utilizada, toda vez que incumple con los requisitos generales de diseño y construcción sismo resistente contenidos en el reglamento colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 y además se encuentra ubicada en una zona de sismicidad alta..."*; informe éste que viene siendo controvertido por las partes y al día de hoy no se ha demostrado plenamente su credibilidad.

Así las cosas, frente al DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO, como cuestión previa se estima pertinente traer a colación las siguientes acotaciones relacionadas con el tema del daño como elemento central de la responsabilidad fiscal:

El daño como elemento indispensable de la responsabilidad fiscal, se define en términos específicos a partir del artículo 6 de la ley 610 de 2000 como:

*"(...) la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías".*

Entre otras cosas, el daño debe concebirse como *la columna vertebral de la responsabilidad fiscal*, pues sin la comisión del mismo no podría llegarse a una conclusión positiva de responsabilizar fiscalmente a una persona, a fin de obtener el resarcimiento al patrimonio público.

En tal dirección se ha pronunciado la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto 0070A del 15 de enero de 2001, en el que señaló:

*"De los tres elementos anteriores, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad".*

Ahora bien, en un sentido tan amplio como el que trae la Ley 610, no toda conducta del gestor fiscal con la cual se causa un daño, ocasiona una indemnización al Estado ni reproche de carácter fiscal. Recordemos que la Corte Constitucional ha señalado que en ocasiones a pesar de la actuación irregular del servidor público o sujeto de derecho privado que tenga bajo su tutela la administración de algunos fondos o bienes públicos, se debe observar si a la persona jurídica pública le quedó algún beneficio.

Sobre el particular, ha manifestado dicha Corporación:

**"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.**

En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal posiblemente irregular, el presunto responsable fiscal, en éste caso FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO obtuvo o no, algún beneficio, situación de la cual no existe ningún antecedente dentro del proceso que nos ocupa y muy por el contrario éste si se ha visto gravemente afectado con la medida cautelar emitida por la Contraloría, puesto que el único bien familiar que ostenta ha sido embargado, lo cual debe considerarse como una medida desproporcionada que lesiona los intereses del menos implicado en una supuesta responsabilidad fiscal, como se ha venido demostrando a lo largo del recurso.

Finalmente, se considera que el despacho, actuó de manera apresurada al decretar la medida de embargo, cuando tiene la oportunidad de analizar un poco más a fondo los aspectos que se han puesto de presente y así, y si es del caso, imponer una medida cautelar menos lesiva a los intereses constitucionales de mi mandante. Por otro lado, el extremo que representamos es consciente de la posibilidad jurídica y constitucional de tomar este tipo de medidas, no obstante, y argumentados los vacíos

argumentativos de la misma, no son razón suficiente para que permanezca incólume al no tener la suficiencia jurídica y demostrativa que permitan franquear principios constitucionales como la presunción de inocencia y buena fe, ahora bien, se considera que los yerros esbozados en el decreto de la medida cautelar, son suficientes para que se halle lesionado el debido proceso administrativo debido a que la inaplicación de una norma jurídica importante para este caso, genera una falsa motivación del acto administrativo que se objeta y por ende se deriva en un acto administrativo que desconoce el debido proceso.<sup>1</sup> (Sentencia C-083/15)

<sup>1</sup> (...) **El debido proceso administrativo y la libertad de configuración del Legislador en materia procesal.**

13.- Múltiples instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia[27] incluyen entre las garantías exigibles al Estado, la consagración y el respeto por el derecho al debido proceso. El artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, de hecho, no solo consagra tal derecho como fundamental, sino que reconoce además su aplicación a *"toda clase de actuaciones judiciales y administrativas"*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en oportunidades previas, ha manifestado que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, se instituye en la Carta Política como uno de los pilares de nuestro Estado Social, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como *un contrapeso al poder del Estado*[28], - en particular al *ius puniendi* -[29], al someter las actuaciones judiciales y administrativas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en la legislación, bajo el amparo del principio de legalidad. En consideración a lo anterior, la Corte Constitucional ha definido este derecho[30], *"como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia."*[31]

Entre las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse, siguiendo en gran medida la **sentencia C-341 de 2014**, entre otras, las siguientes[32]:

(i) El *derecho a la jurisdicción*[33], que conlleva el derecho al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas; a lograr una pronta resolución judicial[34], a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, - lo que incluiría en ciertos casos el principio de doble instancia[35]-, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.

(ii) El *derecho al juez natural*, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.

(iii) El *derecho a la defensa*, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables[36], el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas[37], a la buena fe y a la lealtad procesal.

(iv) El *derecho a un proceso público*, desarrollado con prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas[38] y que permita la publicidad de las actuaciones y decisiones[39] adoptadas en esos procedimientos.

(v) El *derecho a la independencia judicial* que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales se confía la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al Ejecutivo y al legislativo, y

(vi) El *derecho a la imparcialidad del juzgador*, a quien se le exige decidir con fundamento en los hechos y conforme al orden jurídico, sin prevenciones o influencias ilícitas.

14.- Con la Constitución Política de 1991, tales garantías del debido proceso judicial general[40], se extendieron también a las actuaciones administrativas[41], a fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública[42]. De este modo, muchos de los elementos que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican también a toda clase de actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.

No obstante, las garantías que se describen, no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva del ámbito judicial al administrativo, en la medida en que la función pública cuenta con otros requerimientos adicionales de orden constitucional que deben ser tenidos en cuenta, junto al debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. En efecto, las autoridades administrativas están obligadas, además de respetar el debido proceso, a no transgredir los principios reguladores de la función pública, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

del acto administrativo y las segundas se refieren a la posibilidad de cuestionar la decisión administrativa por medio de los recursos administrativos y judiciales[61]. En la **sentencia C-089 de 2011**[62], la distinción que se plantea en cuanto al derecho fundamental al debido proceso administrativo, se explicó, de la siguiente manera:

*"[L]a jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.[63]*

17.- De esta forma, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública, deben estar cobijadas, entonces, por el derecho al debido proceso administrativo, entre ellas, la formación y ejecución de actos administrativos, las peticiones presentadas por los particulares, y los procesos que se adelanten por la Administración[64], de manera tal que los ciudadanos puedan ejercer su legítimo derecho de defensa[65].

En la **sentencia C-598 de 2011**[66] la Corte sostuvo además, que tales garantías buscan asegurar el ordenado funcionamiento del poder público, dar validez y legitimidad a las propias actuaciones administrativas, - que gozan por demás de presunción de legalidad- y, resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

18.- Sobre este último punto, resulta particularmente relevante recordar que el derecho al debido proceso, en general, *tiene una relación inescindible con el derecho de defensa*, como ya lo ha reconocido una decantada y consistente jurisprudencia constitucional[67]. Los ciudadanos afectados con las decisiones judiciales o administrativas deben tener la oportunidad procesal de enterarse debidamente de los procesos en curso y de sus decisiones; de presentar, solicitar y controvertir pruebas; de intervenir en igualdad de condiciones de los demás actores y en general, de hacer efectivo tal derecho de defensa[68]. En la **sentencia C-980 de 2010**[69], la Sala Plena de esta Corporación señaló, entre otras garantías al debido proceso administrativo que debían incluirse para asegurar la *defensa de los administrados*, las siguientes:



**PRIMERO: SE REVOQUE en su totalidad el auto 00031 del 03 de mayo de 2018 "AUTO POR EL CUAL SE DECRETAN MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No PRF-2017-01200" la medida cautelar de embargo del 50% del inmueble IDENTIFICADO BAJO EL FOLIO DE MATRICULA INMOBILIARIA 280-130746 de propiedad de FERNANDODE JESUS CALLE MORENO**

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se libren las respectivas comunicaciones a oficina de registro de instrumentos públicos de este círculo.



**JUAN SEBASTIAN HENAO GARZON**

C. C. No. 9.773.775 de Armenia.

T.P. No. 202632 del C.S.J.