

Armenia Quindío, 11 de marzo de 2019

Contraloría General de la República :: SGD 11-03-2018 17:35
Al Contestar Cite Este No.: 2019ER0023506 Fol:14 Anex:0 FA:0
ORIGEN JUAN SEBASTIAN HENAO GARZON / J.C.H.B. ABOGADOS Y ASOCIADOS
DESTINO 80833-GRUPO DE INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DE
QUINDÍO / JOSE WILLIAM TORRES GOMEZ
ASUNTO RECURSO DE REPOSICION PRF-2017-01200
OBS

2019ER0023506



SEÑORES

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO

GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN
COACTIVA DEL QUINDÍO

E.S.D.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON
RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019
DENTRO DE PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-
2017-01200 (Art. 102 Ley 1474 de 2011)

JUAN SEBASTIÁN HENAO GARZÓN mayor de edad y domiciliado en Armenia Quindío, identificado con la cédula de ciudadanía N° 9.773.775 de armenia Quindío, abogado en ejercicio y portador de la T.P. N° 202632 del C.S.J. y CARLOS ALBERTO LÓPEZ ARENAS, igualmente mayor de edad y domiciliado en Armenia Quindío, identificado con la cédula de ciudadanía N° 7.549.093 expedida en Armenia Quindío, abogado en ejercicio y portador de la T.P. N° 290.853 del C.S.J, actuando dentro del término legal y en nombre y representación del T.C. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO identificado con cédula de ciudadanía No.14.322 663 expedida en Honda (Tolima), presentamos ante su despacho RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019 proferido dentro de PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200 emanado de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO - GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO. Lo anterior, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES:

En representación de nuestro mandante, se hace hincapié en el yerro que se ha cometido por parte de la contraloría, en el sentido que desconoce que el T.C. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO, no se constituye en gestor fiscal cuya acción u omisión hubiere generado un detrimento fiscal-daño-, imputable a él, por lo que se expone:

- a. En el auto POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA E IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL dentro del proceso que nos atañe, enfáticamente el cuerpo colegiado determinó que:

"Para determinar la fecha de ocurrencia de los hechos se tiene el día 06 de octubre de 2015 en la cual se llevó a cabo la suscripción del " ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN"N° 114 del contrato haspc08-2014..."

En virtud del principio de congruencia, se debe tener que el primer giro de los recursos y el recibo de la obra, se dió en un término posterior a la vigencia en que nuestro mandante se encontraba en el cumplimiento de sus funciones, por ende, no puede confluir la responsabilidad en todas las personas involucradas como gestores fiscales. Por tanto, incurre la contraloría en un craso error, al vincular al T.C FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO por hechos "generadores de daño" cuando había perdido la calidad o investidura de ordenador del gasto, basta con revisar que para la fecha que tiene la contraloría como de ocurrencia de los hechos,

Calle 22 # 15 - 53 Ofic. 404 Edificio Aida - Calle 14 N # 10 - 78 B/ La Castellana

Celular: 3148218037 - 3186974858 Fijo: 7339935

Email: lopez.asociados528@gmail.com

Armenia - Quindío - Colombia

el no tenía la vinculación que se requiere para ser sujeto de reproche fiscal en este asunto, y el hecho de haber realizado las gestiones precontractuales y la firma del contrato objeto de análisis, no lo desvía del cumplimiento de la Ley, toque tampoco lo sitúa dentro de los límites de la culpa grave como erróneamente se le ha calificado su conducta.

- b. Los estudios previos consignaron una necesidad derivada de una orden del nivel central que debía ser cumplida por nuestro mandante, esto es, que de ninguna manera podía dejarla insatisfecha, de ahí que a folio 56 del fallo que se impugna, se reseñe el inicio fáctico de todo este trámite que ha generado perjuicios a nuestro prohijado de la siguiente manera:

*" El ejército nacional ha dispuesto la creación de la central administrativa y contable del eje cafetero en la ciudad de Armenia, razón por la cual **debe habilitarse una edificación de las existentes en la unidad militar, para funcionar como CENAC** y centralizar allí todas las funciones administrativas y contables de las unidades centralizadas en el eje cafetero.*

Hasta diciembre de 2014, los batallones de apoyo y servicios para el combate, ejercerán las labores de centralización administrativa y contable, la cual será asignada

a la nueva central que se creó en el eje cafetero, con sede en el BASPC8 de la ciudad de Armenia.

Para habilitar el funcionamiento del CENAC, se identificó uno de los edificios, para ser adaptado con los lineamientos básicos del ejército nacional, conforme el tamaño y operatividad del nuevo CENAC con sede en Armenia.

Para hacer funcional la nueva unidad logística, ella debe contar con el espacio, seguridad, equipos, redes y oficinas correspondientes a la tarea que desarrollara en la centralización de los departamentos de Caldas, Risaralda y Quindío. Razón por la cual, debe habilitarse una red de comunicaciones electrónicas idóneas que permitan la interconexión efectiva con el comando central y garantice la correcta y oportuna manipulación de información para el buen funcionamiento del ejército nacional.

El edificio destinado para funcionar como CENAC dentro del BASPC8 debe someterse a mantenimiento y adecuación, no solo para garantizar su estabilidad y calidad para la prestación de sus servicios y el bienestar de los militares, sino que debe ser remodelada** garantizando la capacidad de albergue requerida y la reubicación de sistemas y redes necesario para cumplir con las labores encomendadas a los responsables de cumplir las funciones administrativas y contables en el ejército nacional en esta parte del país, conforme la misión institucional encomendado a este grupo de militares; **Esta edificación y redes según su naturaleza, así como sus elementos integrantes y condiciones constructivas, deben ser objeto de intervención bajo altas medidas de seguridad.

La vida útil de una edificación es la previsión del período de tiempo para el cual fue construido, durante el cual es susceptible de ser utilizado en las condiciones de calidad requeridas, siempre que se hayan observado las instrucciones de uso y mantenimiento y se hayan realizado las obras de rehabilitación necesarias e identificadas por personal técnico. Se debe tener en cuenta que las estructuras deben estar en condiciones excelentes para que sirvan de soporte en el uso habitual para el cual fueron concebidas, en la protección, cuidado que los miembros del ejército nacional, funcionamiento de equipos, archivo y atención de usuarios, pero sobre todo se debe atender la priorización y orden para la realización de las obras conforme la planeación institucional para prevenir pérdida de capacidad operativa, garantizando la capacidad de reacción de

los miembros orgánicos de la institución ante cualquier amenaza o ataque a la unidad militar

El BASPC8 cuenta con varias edificaciones en las cuales se llevan a cabo las labores administrativas y logísticas desde las cuales se cumplen la programación de actividades del comando central; edificaciones que de acuerdo a la naturaleza propia del ejército nacional, como responsable de la seguridad nacional y el monopolio de las armas, **deben permanecer en el mejor estado posible para su empleo y servicio**, sin lugar a evidenciar en ningún momento debilidad estructural, deterioro físico

o amenaza de ruina, por cuanto podrían ser objeto de identificación por parte de las fuerzas insurgentes y al margen de la ley, para cometer atentados en contra de la seguridad de las instalaciones militares y con ello menguar la capacidad operativa y de reacción de los miembros orgánicos del ejército nacional... (Negrillas del despacho). " -Transcripción realizada con las negrillas puestas por la entidad que reseñan los aspectos importantes y generadores de responsabilidad.-

c. Dentro de la etapa pre contractual, se precisa el siguiente objeto:

" Según el Pliego de Condiciones.

"1.3

OBJETO.

El objeto del presente proceso pre-contratual es el seleccionar de acuerdo a la ley y al presente pliego de condiciones la persona natural, persona jurídica, consorcio o unión temporal que en las mejores condiciones ofrezca realizar la ejecución del contrato de "MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DEL CENAC ARMENIA EN EL BASPC8..."

- d. Posteriormente, y al momento de la celebración del contrato de obra, éste, consigna el mismo objeto.
- e. Del seguimiento de la lectura del fallo objeto de rebate se tiene una afirmación que en nuestro concepto, desliga a nuestro mandante, pues justifica sus actuaciones y empieza a reseñar actividades de desvío del objeto contractual no atribuible a su responsabilidad, lo anterior, para entendimiento del despacho se transcribe:

" Como se observa la Entidad planeó y contrató obras y actividades de mantenimiento, sin embargo, se evidenció, del expediente contractual y la visita de campo, que las obras y actividades realizadas fueron la demolición de una edificación existente de un piso y la construcción de una obra nueva de dos pisos " RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL.

De la lectura del folio 60 del fallo y específicamente del aparte transcrito, se establece que nuestro mandante como representante de la entidad contratante " si planeó" y " si contrató" de acuerdo a los estudios previos de la entidad y a la orden recibida basada en la necesidad del servicio lo que le correspondía, otra cosa fue que en la auditoría se encontró una demolición, y eso se empieza a describir desde la lectura de la palabra "sin embargo ". Dejando entre ver este mismo cuerpo colegiado que hay un traslado de responsabilidad directamente a quien ejecuta obra, más no, a quien generó la necesidad, ni a quien la planeó. Pues, establecer la responsabilidad de nuestro mandante por el hecho de suscribir un contrato legal, sería como endilgarle responsabilidad al ministerio de defensa por crear la necesidad.

Desde esa apreciación, la contraloría siempre centró su tesis de responsabilidad fiscal en un asunto meramente técnico, pues a través del ingeniero civil HERNÁN ALONSO ARISTIZÁBAL ÁLZATE asignado al grupo de vigilancia fiscal de la gerencia departamental colegiada del Quindío, y quien presentó informe bajo el radicado 20171E0033816 del 23 de abril de 2017 -Fs. 388-419 del expediente- expresó:

*(...)Se debe advertir que para el desarrollo de la visita se esperaba encontrar con las obras manifestadas y establecidas en los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, las cuales correspondían con el **mantenimiento de una construcción existente**, tal como se desprende de los siguientes párrafos transcritos. (...)*

Esta aseveración implica de manera lógica y directa, que el perito esperaba encontrar una ejecución de obra acorde al objeto contractual determinado.

*(...) La visita de campo, también permitió identificar el estado actual de la edificación, observándose que un inmenso sector del cielo raso en drywall construido presenta ruina, pues un sector de la cubierta fue destrozado por fenómenos naturales (vientos) permitiendo el paso directo del agua lluvia en varias ocasiones, con lo cual se humedeció el cielo raso en ambos pisos de la edificación, generando la presencia de **moho** (producido por diversos tipos de hongos) que puede causar serios problemas respiratorios y otros problemas de salud. Esto obliga a remover y reconstruir la gran mayoría del cielo raso, pues es un cielo raso en drywall no revestido, el cual se caracteriza por ser poroso lo que hace imposible su limpieza completa...*

El aspecto más relevante del informe técnico en mención, tiene que ver con la inutilidad de la obra, por cuanto la misma no cumple con el reglamento **«Colombiano de Construcción Sismo Resistente, NSR-10»**.

La conclusión que presenta el apoyo técnico es la siguiente:

*«(...) Aunado a lo anterior, y aún mucho más grave, la edificación no debe ser utilizada, pues se evidenció el incumplimiento de requisitos técnicos estructurales importantes para edificaciones construidas en esta región del país, de conformidad con los criterios y requisitos mínimos del **Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente, NSR-10**.*

... la obra fue ejecutada en el municipio de Armenia, el cual de acuerdo con la NSR-10 se encuentra, según el "Mapa de zonificación sísmica de Colombia" en la Zona de Riesgo Sísmico ALTA...

En el expediente contractual digital, carpeta 04 folio 832, se observa el documento aportado por el contratista de obra RIMARCO SAS denominado "CONCEPTO TÉCNICO - CONSTRUCCIÓN DE MURO EN MAMPOSTERÍA BASPC 8 CENAC ARMENIA", el cual fue entregado al Batallón de ASPC No 8 "Cacique Calarcá" por la empresa contratada para ejercer las funciones de supervisión (intetventoria) del contrato de suministro, mediante oficio del 24 de febrero de 2015, donde se indicó:

*(-)
"La ciudad de Armenia se ubica en la zona de amenaza sísmica alta, zonas de especial atención para edificaciones de 1 y 2 pisos, por lo cual se determina la construcción de mampostería confinada con elementos en concreto reforzado, de acuerdo a lo dispuesto en el Título D d*

3. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA ESTRUCTURAL

Se proyecta la construcción de una edificación de dos pisos que tendrá un sistema estructural de pórticos en concreto reforzado y mampostería confinada. En la

mampostería de muros confinados, se considera, que el muro es un elemento homogéneo que incluye la porción de mampostería y los elementos de confinamiento.

La Norma Colombiana de Construcciones Sismo Resistentes (NSR-10) clasifica como mampostería confinada aquella que se construye utilizando muros de mampostería rodeados con elementos de concreto reforzado, vaciados posteriormente a la ejecución del muro y que actúan monolíticamente con este sistema estructural se clasifica, para efectos de diseño sismo resistente, como uno de los sistemas con capacidad moderada de disipación de energía en el rango inelástico (DMO) aplicable a edificaciones en regiones de las zonas de amenaza sísmica alta como la Ciudad de Armenia (.)" (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, no se evidenció en el expediente contractual la existencia de Planos Estructurales, Memorias Estructurales y más delicado aún, licencia de construcción la cual debía incluir también la autorización de demolición total, contraviniendo la Ley 400 de 1997 "por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes" y el Decreto 1469 de 2010 "por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones, a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones" RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL

La normatividad indica que la revisión de los diseños, planos, memorias y estudios realizados deben ser revisados para efectos de la obtención de la licencia de construcción, por la curaduría o las oficinas o dependencias encargadas de estudiar, tramitar, y expedir las licencias de construcción, tal como lo indica la Ley 400 de 1997, la Ley 388 de 1997 y sus respectivos reglamentos (...)

Con el fin de no seguir transcribiendo el concepto del perito, ha quedado un sin sabor en su dictamen por tres aspectos que en mi concepto no generan confianza legítima en su experticia, los cuales son:

PRIMERO: Brilla por su ausencia, una prueba de laboratorio o una experticia técnica más allá de la percepción de los sentidos, que permita inferir de manera razonable que una obra es inútil o que no es apta para un uso determinado.

SEGUNDO: Se plantea como una situación gravísima cuando establece que la obra se realizó sin licencia de construcción. Al respecto cabe advertir que esta es una obligación directa del contratista y existe en ella un deber de vigilancia de la interventoría y del supervisor del contrato. Ahora bien, su desconocimiento implica que a posteriori se gestione una licencia de reconocimiento y ya no bajo los lineamientos propios del decreto 1469 de 2010 como lo expresa el perito, pues, esta norma ha sido compilada por el Decreto 1077 de 2015, lo que de alguna manera genera una sensación de que el perito posiblemente no está actualizado al citar una norma que para la fecha del peritaje está derogada, lo que afecta la base de su opinión pericial

TERCERO: No nos explicamos de ninguna manera, como el ingeniero civil estima una cuantía de un detrimento -igual a la del contrato-, cuando el hecho de existir una edificación intervenida, esto debe tener un costo económico, además es un bien que en gracia de discusión, de tener una intervención deficiente, podría ser reparado y prueba de ello es que RIMARCO S.A.S ofreció en su momento una intervención tendiente a reparar los hallazgos encontrados a fin de cumplir con la norma NSR 10. Por lo anterior, consideramos que no el perito no cumplió con una carga de aptitudes tan alta que su experticia pudiese determinar un avalúo en ceros por un concepto de inutilidad y sin algún tipo de fórmula o técnica que respalde sus dos experticias.

La fuente jurídica que le da contenido al informe técnico es el dictamen pericial (artículo 262 del CGP) cuya forma de elaboración es similar a la ya conocida para este tipo de documentos en la etapa de auditoria (Referente Probatorio Fiscal, anexo 17, CGR, pp. 16-20). En consecuencia, salvo la diferencia entre gratuidad y onerosidad, indicada por la Oficina Jurídica, no existe una diferencia esencial, trascendental y determinante entre dictamen pericial e informe técnico.

Lo importante del informe, o pericia, al margen del nombre que tenga, para cualquier actuación administrativa fiscal, es que se requiera de conocimientos de carácter especializado, se rinda un informe motivado, claro, directo, se conozcan las competencias profesionales de quien lo profiere, esté fundamentado en la ciencia, arte o técnica que corresponda y no en meras opiniones personales, y por eso, ante la falta de regulación del contenido del informe técnico por la Ley 1474, su apreciación y eficacia debe estar sujeta a los criterios de la prueba pericial tenidos en cuenta por la jurisdicción administrativa, que es la que controla los actos administrativos de las contralorías, y que son¹:

- i. Que el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos,*
- ii. Que su dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean. Ello sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad,*
- iii. Que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo,*
- iv. Que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad.*
- v. Que no se haya probado una objeción por error grave,*
- vi. Que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas,*
- vii. Que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar,*
- viii. Que se haya surtido la contradicción,*
- ix. Que no exista retracto del mismo por parte del perito,*
- x. Que otras pruebas no lo desvirtúen y*
- xi. Que sea claro, preciso y detallado, es decir, que dé cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones."*

f. Esta contraloría tiene conocimiento que desde el punto de vista contractual, y de manera previa al fallo con responsabilidad fiscal se declaró la ocurrencia del siniestro de obra y se hizo efectiva una póliza, específicamente la de LIBERTY SEGUROS, y bajo esta perspectiva, queda aún más desvirtuada y desvanecida la visión de un detrimento patrimonial, pues el presente asunto se ha resuelto desde la órbita contractual entre la entidad contratante y el contratista por medio de la aseguradora que cubrió el riesgo, así las cosas

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente DANILO ROJAS BETANCOURTH (2017, noviembre 29). ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - APELACIÓN SENTENCIA. BANDO Y MEJÍA INGENIEROS contra DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Radicación 25000-23-26-000-2001-00218-01(30613). Consultado en la relatoria del Consejo de Estado en [http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Documentos/Download?docId=25000-23-26-000-2001-00218-01\(30613\)](http://relatoria.consejodeestado.gov.co/Documentos/Download?docId=25000-23-26-000-2001-00218-01(30613)); la sentencia fue citada en "11 presupuestos para que un dictamen pericial sea eficaz", Ámbito Jurídico (8 de marzo de 2018) <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/11-presupuestos-para-que-un-dictamen-pericial>

se profirió la **Resolución No. 206 del 03 de diciembre de 2018**, por medio de la cual se declara la ocurrencia de un siniestro de obra y se hace efectiva la póliza de estabilidad y calidad de la obra dentro del contrato **No. 078-BASPC08.2014** (dictada por el Teniente Coronel LEONARDO BARRETO GAITÁN en calidad de Director Central Administrativa y Contable Regional Armenia del Ejército Nacional, la cual establece:

«RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: declarar la ocurrencia del siniestro por el riesgo de estabilidad de la obra establecido en la cláusula 9° del contrato, garantía de estabilidad y calidad de la obra para garantizar la correcta ejecución de obras en cuantía equivalente al 20% del valor total del contrato por un término de cinco años, contados a partir del acta de recibo final a satisfacción.

ARTICULO SEGUNDO: como consecuencia de la declaratoria del siniestro, hacer efectiva la póliza de estabilidad de obra No. 24488868 Expedida el 24 de Diciembre de 2014. Del contrato No. 078-BASPC8-2014 expedida por la compañía LIBERTY SEGUROS S.A...». (ver folio 67 del fallo que se impugna)

- g. De acuerdo a lo anterior, se tiene entonces que este cuerpo colegiado al indexar el presunto detrimento, que inicialmente había reseñado el ingeniero perito en la cuantía total del contrato desconociendo las intervenciones de obra, ahora de disminuye a la cuantía de **CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 21 CTVS M-CTE (\$459.193.865,21)** debido a la afectación de una póliza en otro proceso de declaratoria de siniestro, cuya naturaleza y finalidad es distinta al de responsabilidad fiscal, constituyéndose éste en ultima ratio, esto es, posterior a todas las posibilidades contractuales y de llamamientos en garantía que tiene la entidad afectada.

h. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD:

A folio 76 del fallo que se rebate se expresa:

“ RESPONSABILIDAD DE LOS SEÑORES FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO y EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO, en condición de ordenadores del gasto -Contratantes- para la época de los hechos:

Ya vimos que el daño se generó por planear y ejecutar la construcción de una obra sin atender realmente las necesidades y sin que cumpliera su finalidad, ocasionando como ya se advirtió en letras anteriores en un detrimento que afectó los intereses del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - OCTAVA BRIGADA - BATALLÓN DE APOYO Y SERVICIO PARA EL COMBATE No. 8 «CACIQUE CALARCÁ».

No obstante, en el trámite del proceso, es ampliamente discutida la responsabilidad que se deriva de los ordenadores del gasto que intervinieron en las diferentes etapas de la contratación y para ello empezamos por establecer que:

FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO, quien se desempeñó como comandante y ordenador del gasto del Batallón de BASPC No 08 «CACIQUE CALARCÁ», de conformidad con la Resolución MDN 12767 del 25 de noviembre de 1994, por el período 20 de junio de 2013 al 12 de marzo de 2015, fue quien adelantó el proceso precontractual y suscribió con la empresa **RIMARCO SAS NIT. 900.075.341-3**, el pluricitado contrato de mantenimiento y adecuación No. 07 8-BASPC08-2014.

De lo expuesto se deduce que con relación al contrato de mantenimiento y adecuación de instalaciones locativas y red LAN para poner en funcionamiento las oficinas del CENAC Armenia en el BASPC8, el comandante alcanzó a estar aproximadamente dos (2) meses como interviniente del negocio contractual,

considerando que este inició el 13 de enero de 2015 y tenía un plazo de ejecución inicial de cinco (5) meses.

Menciona en sus argumentos de defensa, que el problema jurídico a resolver por parte del despacho, es determinar si su participación como ordenador del gasto para este contrato fue determinante en la entrega de una obra presuntamente "inútil" y generadora de daño fiscal, frente a lo cual la respuesta por parte de este ente de control es afirmativa, pues fue a partir de su participación en la formación del negocio jurídico que se desencadenó el detrimento; fue él quien adelantó toda la etapa precontractual y parte de la contractual, situación que efectivamente quedó consagrada en el auto de apertura e imputación cuando se plasmó que su obrar contravino el principio de planeación dispuesto entre otras normas, en la Resolución No. 6345 del 14 de septiembre de 2012 «Manual de contratación del Ministerio de Defensa Nacional, y sus unidades ejecutoras 2012» y en el mismo informe técnico rendido por el profesional designado, también quedó contemplada dicha situación, a diferencia de lo afirmado por este.

Aunado a lo expuesto, en los estudios previos quedó plasmada la necesidad de creación de la Central Administrativa y Contable del ejército en el eje cafetero en la ciudad de Armenia, disponiéndose **habilitar una edificación de las existentes en la unidad militar para funcionar como CENAC**, así mismo, que se adelantara toda la etapa de escogencia del contratista y se suscribiera el contrato con esta finalidad, sin embargo, a las dos semanas de inicio de la obra, se dio un vuelco total al objeto contractual, autorizando la demolición de la estructura existente para iniciar de cero con una edificación nueva, desconociendo el principio de planeación consagrado en el Estatuto de Contratación

Revisando el nexo causal en el caso sub examine, el daño deviene desde la etapa precontractual, pues si lo que se requería era una obra nueva de dos pisos, así debió concebirse desde el comienzo y fue precisamente dentro de la gestión como ordenador del gasto del TC CALLE MORENO que se concibió el proyecto y se cambió el objeto contractual, pese a que formalmente no quedó estipulado.

Es menester aclararle al imputado que, para este despacho, el daño no se da por el recibo de una obra sin terminar, el daño es la obra en sí misma, la cual al no haber sido planeada incumple los requisitos de construcción sismo resistente y pone en riesgo a las personas que decidan habitarla

Es así como se aprecia que la planeación es de imperioso cumplimiento, pues de ella depende el éxito o fracaso de la contratación. Para el presente caso la ausencia de planeación -como pilar de la actividad comercial-, demuestra que la decisión de habilitar -mantenimiento y adecuación de obra existente - y luego de cambiar el objeto contractual, no respondió a necesidades claras y objetivamente identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación.

Si bien en sus alegaciones el Teniente Coronel aduce que su intervención no es directa, ni relevante con desembolsos de dinero, supervisión, ejecución directa de obra y recibo de la misma, dado que no ostentaba el cargo de ordenador del gasto para esta fecha, esto es 6 de octubre de 2015; fue a partir de la etapa de planeación y celebración del contrato y posteriormente autorizando el cambio de actividades, donde sí estuvo presente y se encontraba habilitado para el manejo de los recursos públicos, que se materializó la construcción de una obra que no cumplió la finalidad.

Se debe advertir que, de acuerdo a los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, la obra debía corresponder al «mantenimiento de una construcción existente» y no a la construcción de una obra nueva, como en realidad ocurrió.

En el desarrollo del presente proceso de responsabilidad fiscal, no se obtuvo prueba alguna que evidenciara el soporte técnico, ni legal, que condujera al cambio del objeto contractual, tampoco se evidencian como quedó reseñado en letras anteriores, los planos estructurales, memorias estructurales, licencia de

construcción y el cumplimiento de los requisitos generales de diseño y construcción sísmo resistente de la norma NSR-10.

Finalmente, en cuanto a la aseveración que el daño es potencial, debido a que existe una obra inconclusa que precisamente solo podría cumplir con la norma NSR-10 al momento de ser culminada, es preciso indicar que a este Despacho no le es dable efectuar pronunciamientos sobre supuestos, al día de hoy existe una obra que no genera ningún beneficio pues no puede ser utilizada o habitada, lo que configura un daño presente, cierto, real y cuantificable, pues la gestión realizada con los recursos públicos no logró el objetivo que se quería alcanzar

La planeación es un concepto incorporado al derecho, a través de las nociones de planeación y planificación como uno de los principales elementos técnicos planteados en la Ley 80 de 1993 y que fueron traídos de las ciencias de la administración y de la ingeniería industrial. En materia del contrato estatal de obra, es la realización en tiempo de la obra pública, acorde con lo pactado y en términos de presupuesto.

«La preocupación por la planeación obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos; reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras que son de prioridad social y no exclusivamente de orden suntuario, respecto a otras de uso restringido, que impliquen inversión no democrática o parcializada; es parte del concepto de modernización y eficiencia del Estado. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta.» 3

En el ordenamiento legal colombiano la planeación no es delimitada de forma conceptual, sino que por medio de presupuestos y estudios de conveniencia y viabilidad diferentes; además de guías que sirven para darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.4 Su implementación, difusión y desarrollo se presenta como parte del procedimiento para hacer contratos en el Estado y en materia de obras públicas, aún requiere un desarrollo práctico, desde un componente técnico y jurídico en la ejecución, para superar el nivel teórico que la limita al cumplimiento de actividades en la etapa precontractual

La planeación del contrato de obra, es más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública; porque tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas, toda vez que las obras contratadas deben ser las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes que consideren cuáles son prioritarias, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y, además, que se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad.5

De igual manera, se busca que se contemple su sostenibilidad y continuidad en el tiempo, para que cumplan los objetivos de la responsabilidad social y buen gobierno corporativo, para que el erario público sea aprovechado de manera óptima, sirviendo lo contratado al desarrollo con justicia social (Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287). Así, las entidades públicas que contratan, aparte de cumplir con la ley, lo harán dentro de estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad e información financiera, y regulaciones de construcción, para que se minimicen los problemas de clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública.

En el caso de autos, se observa que el principio de planeación brilla por su ausencia. Conforme con el material probatorio allegado a este expediente quedó probado que en la ejecución de las obras objeto del mantenimiento y adecuación, el Teniente

Coronel CALLE MORENO actuó de forma negligente al no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la óptima inversión de los recursos, por tanto, fallará con responsabilidad fiscal en su contra a título de culpa grave, de conformidad con lo estipulado en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000. (...)

De ninguna manera se acepta la aseveración del despacho, debido a que la planeación per se no fue cuestionada en la imputación que se le hiciera a nuestro mandante, pues, de haberse tocado someramente y en virtud del principio de congruencia, debía constituirse en hecho generador de responsabilidad fiscal, debidamente motivada para efectos de constituirse en ratio decidendi en lo que a nuestro prohijado se le endilga, no obstante hacerse tajante precisión en que el problema no es el recibo de una obra inútil, sino la obra misma. De todo esto se generan unas preguntas y son las siguientes:

¿ Por qué razón respondería fiscalmente el T.C FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO, si de acuerdo a la imputación, y la ocurrencia de los hechos planteados por el cuerpo colegiado, él para la fecha de los mismos, no fungía como ordenador del gasto?

Si jurisprudencialmente se analizan los elementos de la responsabilidad fiscal, ¿entonces que objeto tiene plantearlos y analizarlos en un fallo como el que nos ocupa, cuando en virtud de la ley 1474 de 2011 se plantea una solidaridad que no distingue roles?

Acaso entonces, basta con la participación de nuestro patrocinado para endilgarle solidaridad como ordenador del gasto cuando se limitó a adelantar una etapa precontractual y la firma de un contrato que arrojó una obra presuntamente inútil?

Será viable entonces fincar un fallo como este en un asunto meramente técnico como se desprende del análisis del perito, para endilgar la misma responsabilidad a todos los intervinientes? -culpa grave-

¿Por qué razón todos responden a título de culpa grave, cuando sus roles , sus competencias y conocimientos fueron distintos?

Por qué razón la responsabilidad fiscal del T.C. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO se asemeja a la de RIMARCO S.A.S, cuando el primero cumple órdenes y subordinación propios de la necesidad del servicio y de su rol de servidor público, cuando la empresa contratista se postula bajo una oferta pública , bajo unos conocimientos especializados y bajo mera liberalidad para aparentemente servirle al Estado?

Se considera que los cuestionamientos realizados se han quedado sin respuesta en el fallo que se impugna, pues, todas estas preguntas son muestra de abierta incongruencia que afectan los efectos jurídicos de la resolución que se ataca y sobre este punto, cabe destacar la expresión del apoderado de FARMAQ S.A.S cuando en alegatos señaló:

(...) Inicialmente debe analizarse y concluirse que el Despacho en su estudio recae en la prohibición de un juicio de responsabilidad objetiva, en la que no individualiza a cada sujeto desde sus deberes funcionales y su actuar, sino que generaliza, al punto que el juicio conductual es el mismo para todos y cada uno de los presuntos responsables, se precisa sobre el concepto de culpa grave y simplemente se concluye su existencia, sin adecuarlo a las conductas objeto de reproche (...)

Pues bien, en virtud del principio de congruencia, debió corresponder los razonamientos del auto de apertura e imputación, mismos con los cuales se pudiera identificar como determinador de la responsabilidad fiscal que se atribuye a nuestro defendido, con ocasión de la gestión fiscal directa, misma que se echa de menos en este asunto, como quiera que no se puntualizó de manera flagrante en qué medida la actuación y/ o presunta gestión fiscal en cabeza de nuestro representado pudo contribuir a la causación del daño que hoy se cuestiona. **(se reitera que la misma**

Calle 22 # 15 - 53 Ofic. 404 Edificio Aida - Calle 14 N # 10 - 78 B/ La Castellana

Celular: 3148218037 - 3186074858 Fijo: 7339935

Email: lopez.asociados528@gmail.com

Armenia - Quindío - Colombia

contraloría al señalar la época de los hechos, señala el día 06 de octubre de 2015, fecha en la cual ya no fungía como ordenador del gasto, generándose así una falta de legitimación por pasiva además de un impedimento funcional para endilgar responsabilidad fiscal)

Con todo y lo anterior, se constituye como preponderante tal determinación, y necesaria para el ejercicio de defensa de nuestro representado, como quiera que mal puede argumentar y sostener la imputación el Cuerpo Colegiado, bajo el argumento de la simultaneidad de funciones de los que en otrora fungieron como ordenadores del gasto, pues inescindiblemente se debe delimitar y guardar plena identidad para los efectos y alcance del proceso de responsabilidad fiscal, la inequívoca determinación del daño, tiempo en el cual se podrá dilucidar los responsables fiscales (solidarios entre sí) respecto del cual no recae responsabilidad alguna en mi prohijado, por los argumentos de defensa esgrimidos de manera reiterada en el decurso del proceso.

Habida consideración, mal puede atribuírsele responsabilidad a nuestro prohijado, cuando lo que se cuestiona es el recibo de obras inconclusas o inútiles a voces del informe técnico presentado por el funcionario delegado de la Contraloría con tal finalidad, pese a no establecerse bajo cuales presupuestos se encuentran constitutivos de daño al patrimonio del Estado, por las especificidades y particularidades contenidas en un informe técnico que soporta el presente reproche fiscal.

i. ANÁLISIS DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CONDUCTA

“ En lo tocante a la conducta de nuestro cliente, básicamente la motivación del acto administrativo objeto de análisis se contrajo a lo siguiente: Vale decir, que emerge con toda claridad el **nexo de causalidad o relación causa - efecto**, toda vez que en la valoración del elemento de la conducta, está suficientemente demostrado que desde su posición en la entidad, el actuar de quienes obran como presuntos responsables fiscales señores **FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO**, quien ostentó la calidad de comandante y ordenador del gasto del batallón BASPC No. 08 «CACIQUE CALARCÁ», obrando como contratante...”

No obstante, se reprocha con total vehemencia que nuestro mandante contrata bajo los lineamientos legales y lo atacado en imputación, nunca fue el contrato como hecho generador de daño detrimento fiscal, por el contrario, fue una obra aparentemente inútil, y el recibo de la misma, situación que de ninguna manera lo vincula debido a que el perdió la calidad de ordenador del gasto después de la suscripción del contrato con RIMARCO S.A.S. Ahora bien, el daño como tal no se centró en una indebida escogencia del contratista, por el contrario, se ha reprochado es la ejecución de la obra y recibo a satisfacción -situaciones ajenas a las funciones y períodos en los cuales nuestro cliente no fungió como ordenador del gasto-

j. XII. SOBRE LA SOLIDARIDAD DE LOS IMPUTADOS:

El auto rebatido señala:

“Al respecto es necesario indicar que en un proceso de responsabilidad fiscal no es procedente que se divida a prorrata el daño producido, cuando hubiere lugar a establecer una responsabilidad solidaria, por cuanto dicho daño es jurídicamente indivisible

En tal sentido, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 estableció:

«SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal... en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial» (Negrillas del despacho).

De esta forma, la solidaridad se predica en el proceso de responsabilidad fiscal, cuando varias personas concurren en las actividades de gestión fiscal, o sea el ordenador del gasto y representante de la entidad contratante, con el contratista y con las demás personas que concurran al hecho, cuando se demuestre la existencia del daño patrimonial para el Estado provenientes de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares.

Por lo expuesto, resulta predicable la existencia de la solidaridad con ocasión de la gestión fiscal cuestionada respecto de los señores Teniente Coronel FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO, Teniente Coronel EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO - Contratantes -; RIMARCO SAS - Contratista, a través de su representante legal señor JOISMAR NAYIBE QUIROZ QUINTERO y el GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S, quien tenía obligaciones de supervisión detallados en el contrato de prestación de servicios profesionales No. 079-BASPC08-2014 obrando por medio de su representante legal señor JOSÉ WILLIAM ADARME ALBARRACÍN, de quienes fue debidamente acreditada las calidades de los primeros como servidores públicos para la época de los hechos al servicio de la institución castrense, y con relación al contratista y al supervisor, en el monto del daño patrimonial. "

De todo lo anterior, se entendería que de nada vale iniciar una estructura defensiva en cuanto a criterios funcionales -gestor fiscal-, ni en cuanto a periodos en el tiempo que demuestren que nuestro prohijado no tuvo participación en el hecho, porque pareciera que el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 hubiere derogado el artículo 5 de la Ley 610 de 2000. Y entonces cabe señalar que teniendo vigencia la última norma citada, se debe acudir a una hermenéutica constitucional para resolver los problemas jurídicos que se presentan a nivel de responsabilidad fiscal, de ahí que si bien, se busca un resarcimiento económico debe ser entre el ordenador del gasto que utilizó recursos públicos, el contratista y las demás personas que concurrieron o contribuyeron en el hecho. De ahí que no se puede legitimar arbitrariamente a nuestro prohijado por haber suscrito un contrato, pues los yerros cuestionados no se han demostrado como si estuvieren en la planeación, sino, en la ejecución cuando el ya no era ordenador del gasto y en ese sentido la motivación del despacho ha sido totalmente corta, tanto lo es, cuando señala una fecha de los hechos referente a un periodo en el que nuestro mandante no era ordenador del gasto.

Lo anterior, tiene respaldo jurisprudencial, pues la corte constitucional en reiteradas ocasiones ha analizado los elementos de la responsabilidad fiscal, pues la norma tiene un enorme respaldo constitucional, por tanto, la solidaridad que predica el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, deberá entenderse desde un análisis a posteriori del artículo 5 de la ley 610 de 2000, y bajo ese orden de ideas si bien se predica una solidaridad, esta solo puede ser determinante entre personas que:

- Ostentan la calidad de ordenador del gasto.
- Ostentan la calidad de contratista
- Tienen que concurrir al hecho

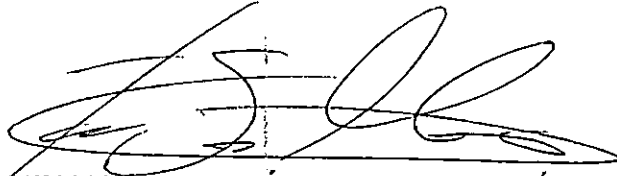
De lo anterior, deberá entenderse entonces que de la Ley 1474 de 2011 establece en su artículo 119 una condición copulativa, es decir, que deben confluír los tres (3) elementos reseñados, y no solo uno de ellos. Veamos:

Nuestro representado fue ordenador del gasto solo para efectos precontractuales y de la suscripción del respectivo contrato. En ese momento, la adjudicación al contratista y la firma del contrato, no fueron hechos generadores de detrimento. ahora bien, si para esta etapa, se hubiere determinado el hecho generador de detrimento, pues se daban los tres elementos analizados, empero, para la fecha de los hechos o generación del presunto detrimento -06 de octubre de 2015-, nuestro prohiado no era ordenador del gasto y era jurídica y materialmente imposible desde un criterio funcional que hubiere contribuido o concurrido al hecho dañoso, pues hace meses atrás había perdido su condición de ordenador del gasto.

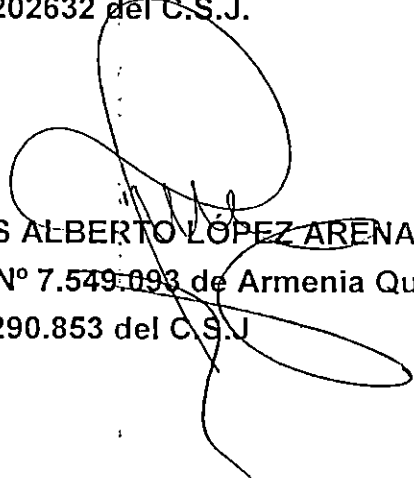
En los anteriores términos dejamos sustentado el presente recurso, para cuyo efecto le solicitamos al cuerpo colegiado.

1. **REVOCAR** parcialmente el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019 DENTRO DE PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200** en el sentido de desvincular al **T.C. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO** identificado con cédula de ciudadanía No.14.322 663 expedida en Honda (Tolima), por los argumentos esgrimidos en el recurso, además, por no ostentar la condición de gestor fiscal al momento de los hechos señalados en imputación -06 de Octubre de 2015-
2. Como consecuencia de lo anterior, se levante la medida cautelar decretada en su contra por el despacho respecto del 50% de un inmueble de propiedad del declarado responsable fiscal.

De ustedes, con respeto.



JUAN SEBASTIÁN HENAO GARZÓN
C.C. N° 9.773.775 de Armenia Quindío.
T.P. N° 202632 del C.S.J.



CARLOS ALBERTO LÓPEZ ARENAS
C.C. N° N° 7.549.693 de Armenia Quindío.
T.P. N° 290.853 del C.S.J.