

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAUCA

GRUPO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN
CONTRA DEL FALLO**

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	PRF-2019-00858
CUN SIREF	AC-80193-2019-26656
ENTIDAD AFECTADA	MOVILIDAD FUTURA SAS
CUANTIA FINAL DEL DAÑO	OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$896.224.783)
PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES	<p>VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE C.C. No. 10.525.694 - Gerente de Movilidad Futura S.A.S.</p> <p>OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ C.C. 76.322.044 Contratista de Movilidad Futura.</p> <p>GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A. NIT. 800093266-2 Contratista consorciado en un 50%</p> <p>FABIAN GARCIA RIOS C.C. 16.694.142 de Cali Contratista consorciado en un 25%</p> <p>EDUARDO GIRONZA LOZANO C.C. 16.243.259 de Cali Contratista consorciado en un 25%</p> <p>PEDRO FELIPE POTES C.C. 10.546.275 Coordinador Del Área Técnica De Infraestructura Mov. Futura.</p>
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	LA PREVISORA S.A. NIT. 860 002.400-2 Pólizas multiresgo1000095 y 1000116.

La Gerencia Departamental Colegiada Cauca de la Contraloría General de la República, con ponencia de la Dra. Ana Milena Valencia Guerra, en ejercicio de la

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

competencia establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política de 1991, ley 610 de 2000, Ley 1474 de 2011, Resolución Orgánica 6541 del 18 de abril de 2012, modificada por la Resolución Orgánica 748 del 2020, procede proferir el presente auto en el proceso de responsabilidad fiscal referenciado, teniendo en cuenta los siguientes acápite:

1. FUNDAMENTOS DE HECHO

1.1. Antecedente

El presente asunto inicia con el oficio Sigedoc 2017ER0047540 del 12 de mayo de 2017, por el cual la Dra. María Alejandra Rosas Machado, Jefe de la Oficina Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, traslada a esta gerencia el expediente de responsabilidad fiscal RF002-2016, por falta de competencia para conocer del asunto, el cual tuvo su origen en la auditoria regular que realizaron al sistema estratégico de transporte de pasajeros de Popayán sociedad SEPT-MOVILIDAD FUTURA SAS, vigencia 2015, en donde configuraron el hallazgo #26. Por este hecho se adelantó la Indagación preliminar ANT-IP-2019-00504.

1.2. Hechos

Presuntas irregularidades presentadas en el pago de un mayor valor respecto de Insumos de espacio público entregados por el Contratista en el mes de diciembre de 2014, en virtud del Contrato 001-2014 celebrado entre Movilidad Futura y el Consorcio Vías Popayán.

1.3. Cuantía inicial del detrimento patrimonial

QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL SETECIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS MCTE (\$579.770.716).

Indexado final: OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS MCTE (\$896.224.783).

1.4. Entidad Afectada

MOVILIDAD FUTURA SAS

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

1.5. Presuntos Responsables

VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE identificado con C.C. No. 10.525.694, vinculado en calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S.

OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ identificado con C.C. 76.322.044, vinculado en calidad de Contratista de Movilidad Futura.

GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A., identificado con NIT. 800093266-2, vinculado en calidad de Contratista consorciado en un 50%.

FABIAN GARCIA RIOS identificado con C.C. 16.694.142 de Cali, vinculado en calidad de Contratista consorciado en un 25%.

EDUARDO GIRONZA LOZANO identificado con C.C. 16.243.259 de Cali, vinculado en calidad de Contratista consorciado en un 25%.

PEDRO FELIPE POTES identificado con C.C. 10.546.275 vinculado en calidad de Coordinador Del Área Técnica De Infraestructura Movilidad Futura.

1.6. Garante

LA PREVISORA S.A. NIT. 860 002.400-2, en virtud de las Pólizas multirriesgo 1000095 y 1000116, tomadas por MOVILIDAD FUTURA.

CONSIDERACIONES

Mediante Auto N°. 451 del 6 de septiembre de 2019 la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República ordenó la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2019-00858.

Con auto 651 del 30 de junio del 2023, se imputó responsabilidad fiscal.

El 16 de noviembre del 2023 se profirió el Fallo No. 010, por el cual se tomó la decisión de fondo en el presente proceso, en los siguientes términos:

“PRIMERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL en el Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2019-00858, entidad afectada SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICOS DE PASAJEROS DE POPAYAN, por un valor indexado de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS MCTE (\$896.224.783), por estar dados los presupuestos del artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y a la luz de las motivaciones de esta providencia, de forma solidaria en contra de las siguientes personas:

- *VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE identificado con C.C. No. 10.525.694, en calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S; quien deberá citado únicamente al correo electrónico: roserobustamante@hotmail.com dirección física: Loma Linda Casa 9-22, de la ciudad de Popayán y a su apoderado el FERNANDO PARRA TOBAR; quien deberá citado únicamente al correo electrónico: fernanp23@yahoo.es y dirección física calle 1ª No. 7 – 14, Oficina 211, Edificio El Prado de Popayán.*
- *OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ identificado con C.C. No. 76.322.044, en calidad de Contratista de Movilidad Futura, correo electrónico al que autoriza notificaciones: oacaicedo@yahoo.com y a su apoderado el abogado Henry Guillermo Vega. Dirección: Carrera 10 A No. 2N 06 del Barrio Modelo de Popayán, E mail para citaciones: grupojuridicovega@gmail.com.*
- *GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A., identificado con NIT. 800093266-2, en calidad de Contratista consorciado en un 50%, dirección electrónica: contabilidad@garciarios.com, quien tiene con apoderado de confianza al abogado German Andrés Rodríguez Ortiz, con correo electrónico al que autoriza notificación garo12356@yahoo.com.*
- *FABIAN GARCIA RIOS identificado con C.C. No. 16.694.142 de Cali, en calidad de Contratista consorciado en un 25%, dirección electrónica: contabilidad@garciarios.com, quien tiene con apoderado de confianza al abogado German Andrés Rodríguez Ortiz, con correo electrónico al que autoriza notificación garo12356@yahoo.com.*
- *EDUARDO GIRONZA LOZANO identificado con C.C. 16.243.259 de Cali, en calidad de Contratista consorciado en un 25%, correo electrónico autorizado para notificaciones: eduardo_gironza@hotmail.com.*
- *PEDRO FELIPE POTES identificado con C.C. 10.546.275, en calidad de Coordinador Del Área Técnica De Infraestructura Mov. Futura, con correo electrónico para citaciones felipepotes.movilidad@gmail.com y fpotes@pdacauca.gov.co y dirección carrera 6C No. 31N-110 B/ Rosales de la Hacienda de Popayán, con apoderada de confianza, la Dra. Yeny Alejandra Campos Bermúdez con correo electrónico iusconsultores2023@gmail.com para citaciones y dirección calle 31N #14-01, casa 23 de Popayán.*

SEGUNDO: DERIVAR RESPONSABILIDAD en calidad de tercero civilmente responsable de La Previsora S.A. Compañía de Seguros identificada con el Nit 860.002.400-2, por las pólizas 1000095 y 1000116 que expidió afianzando a Movilidad Futura S.A.S, Vigencia: Del 23-04-2015 al 10-11-2016, Riesgos amparados: FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL, Valor Asegurado: \$100.000.000, en cuantía de

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS PESOS (\$98.711.300), conforme a las motivaciones de esta providencia y a la luz de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000. Decisión que deberá ser notificada a su apoderado GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA con dirección electrónica a la que autoriza notificaciones: notificaciones@gha.com.co.”

Que la decisión se notificó y se presentaron recursos, así:

- **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**, notificado por aviso 2023EE011722 entregado en su destino el día 01 del mes de diciembre del 2023¹ y presentó recursos mediante radicado 2023ER0238507 recibido en la entidad el día 14 de diciembre del 2023².
- **OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ**, notificado con radicado 2023EE0214927³ por medios electrónicos el día 04 de diciembre del 2023, previa autorización expresa⁴ y presentó recursos mediante radicado 2023ER0236019 recibido en la entidad el día 11 de diciembre del 2023⁵.
- **GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A.**, notificado por correo electrónico 2023EE0204058 enviado a su apoderado el día 20 del mes de noviembre del 2023⁶ y presentó recursos mediante el día 27 de noviembre del 2023⁷.
- **FABIAN GARCIA RIOS**, notificado por correo electrónico 2023EE020469 enviado a su apoderado el día 20 del mes de noviembre del 2023⁸ y presentó recursos mediante el día 27 de noviembre del 2023⁹.
- **EDUARDO GIRONZA LOZANO**, notificado por correo electrónico 2023EE020482

¹ 20231129 NOTIFICACIONXAVIS APODERADO VICTOR 2023EE011722 PRF 00858 y certificado de entrega: 20231201 GUIA472 ENTREGA AVISO APODERADO VICTOR 2023EE0211722 PRF 00858

² 20231214 RECURSOS CONTRA EL FALLO VICTOR 2023ER0238507 PRF 858 y SUSTENTACION RECURSO DE REPOSICION Y APELACION FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-00858 MOVILIDAD FUTURA SAS II - 141223 -

³ 20231204 NOTIFICACION ELECTRONICA APODERADO OSCAR 2023EE0214927 PRF 00858

⁴ 20231130 AUTORIZACION NOTIFICACION APODERADO OSCAR 2023ER0229096 PRF 00858

⁵ 20231211 RECURSO FALLO OSCAR 2023ER0236019 PRF 858 y OSCAR ALBERTO CAICEDO REPOSICION FALLO 010 DEL16-11-2023

⁶ 20231120 NOTIFICACION FALLO 10 GARCIA RIOS CONTR 2023EE0204058 PRF 00858

⁷ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARCIA RIOS Y FABIAN 2023ER0226624 PRF 858 y 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARCIA RIOS Y FABIAN PRF 858 y RECURSO REPOSICION Y APELACION CONTRALORIA MOVILIDAD - f

⁸ 20231120 NOTIFICACION FALLO 010 FABIAN GARCIA 2023EE020469 PRF 00858

⁹ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARCIA RIOS Y FABIAN 2023ER0226624 PRF 858 y 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARCIA RIOS Y FABIAN PRF 858 y RECURSO REPOSICION Y APELACION CONTRALORIA MOVILIDAD - f

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

enviado el día 20 del mes de noviembre del 2023¹⁰ y presentó recursos mediante radicado 2023ER0226625 recibido en la entidad el día 27 de noviembre del 2023¹¹.

- **PEDRO FELIPE POTES**, notificado por aviso 2023EE0211760 por medio de su apoderada, el cual fue radicado en su destino el día 01 del mes de diciembre del 2023¹² y presentó recursos mediante radicado 2023ER0237154 recibido en la entidad el día 12 de diciembre del 2023¹³.
- **LA PREVISORA S.A.**, notificada con radicado 2023EE0204093 enviado por medios electrónicos el día 20 del mes de noviembre del 2023¹⁴ y presentó recursos mediante radicado 2023ER0226623 recibido en la entidad el día 27 de noviembre del 2023¹⁵.

Que procede el despacho a resolver los recursos de reposición impetrados en contra del fallo, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

- **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**¹⁶.

Como ya se indicó, el apoderado del presunto responsable fue notificado por aviso 2023EE011722, el cual fue entregado en su destino el día 01 del mes de diciembre del 2023¹⁷; así mismo, se tiene evidencia que el apoderado presentó recursos mediante radicado 2023ER0238507 recibido en la entidad el día 14 de diciembre del 2023¹⁸.

¹⁰ 20231120 NOTIFICACION FALLO 010 GIRONZA 2023EE020482 PRF 00858

¹¹ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GIRONZA 2023ER0226625 PRF-2019-00858 y RECURSO_CONTRA_AUTO_IMPUTACIÓN_DE_CARGOS_MOVILIDAD

¹² 20231129 NOTIFICACIONXAVISO APODERDA POTES 2023EE0211760 PRF 00858 y certificado de entrega: 20231201 GUIA472 ENTREG AVISO APODERADA POTES 2023EE0211760 PRF 00858

¹³ 20231212 RECURSO FALLO POTES 2023ER0237154 PRF 858 y RECURSO CONTRA FALLO INGENIERO PEDRO FELIPE POTES V FINAL

¹⁴ 20231120 NOTIFICACION FALLO 010 PREVISORA 2023EE0204093 PRF PRF 00858

¹⁵ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO PREVISORA PRF 2023ER0226623 858 y RECURSO_FALLO_PRF_2019-00858_-PREVISORA

¹⁶ 20231214 RECURSOS CONTRA EL FALLO VICTOR 2023ER0238507 PRF 858 y SUSTENTACION RECURSO DE REPOSICION Y APELACION FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-00858 MOVILIDAD FUTURA SAS II - 141223 -

¹⁷ 20231129 NOTIFICACIONXAVIS APODERADO VICTOR 2023EE011722 PRF 00858 y certificado de entrega: 20231201 GUIA472 ENTREGA AVISO APODERADO VICTOR 2023EE0211722 PRF 00858

¹⁸ 20231214 RECURSOS CONTRA EL FALLO VICTOR 2023ER0238507 PRF 858 y SUSTENTACION RECURSO DE REPOSICION Y APELACION FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-00858 MOVILIDAD FUTURA SAS II - 141223 -

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Que en este documento el apoderado indica:

***“I. OPORTUNIDAD Y PROPÓSITO DEL RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO DE
APELACIÓN***

Actuando dentro de la oportunidad legal, que para el efecto, prescribe el Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, concurro ante su despacho para Interponer y Sustentar el Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 5015 de fecha dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022) en contra del ingeniero VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE Y OTROS, en su condición de Gerente de la Sociedad Futura S. A. S., para la época de los hechos materia de investigación, en cuantía de OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIES MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$896.224.783) MONEDA CORRIENTE, los cuales deben responder en forma solidaria.”

Que la Ley 610 de 2000 señala cuándo quedan ejecutoriadas las decisiones en el proceso de responsabilidad fiscal, es decir, cuándo quedan en firme, así:

“Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas:

- 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.*
- 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.*
- 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.”*

Como se observa, en el régimen especial del control fiscal se plantean tres supuestos en los que las decisiones de la administración quedan en firme.

1. La primera, cuando proferida la decisión no proceda recurso alguno contra ella. El numeral 1 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, señala que lo resuelto por la administración, cuando contra ellos no proceda ningún recurso, queda en firme el día siguiente al de la notificación, es decir, que a partir de ese momento puede exigirse su cumplimiento, así sea en contra de la voluntad de quien resulta afectado con lo decidido. Por ejemplo: el auto que decreta la práctica de pruebas se notifica por estado y, contra él no proceden los recursos administrativos, por lo que queda en firme el día siguiente al de su notificación.
2. El segundo supuesto de firmeza y por lo tanto de ejecutoriedad de una decisión de la Contraloría General de la República se da, cuando vencidos los cinco días hábiles después de la última notificación, “... *no se interpongan los recursos o se renuncie a ellos*”. Debe tenerse en consideración que por existir una norma

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

especial que regula la materia en el proceso de responsabilidad fiscal, no hay lugar a realizar una remisión y dar aplicación al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, por lo tanto, el término para interponer los recursos frente a los fallos con responsabilidad fiscal es de cinco días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la citada Ley 610 de 2000.

3. El tercer supuesto es cuando ya han sido resueltos los recursos¹⁹.

Respecto del plazo de interposición de los recursos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal a la luz de lo previsto en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, la Oficina Jurídica se ha pronunciado reiteradamente²⁰, en los siguientes términos:

“El numeral 2° del artículo 56 de la Ley 610 de 2000 es norma especial para los procesos de responsabilidad fiscal, así el término de 5 días para la ejecutoria de las providencias, citado en dicho numeral, regula sin distinción alguna tanto fallos como autos.

...

Respecto de la obligada aplicación de las normas que regulan los procedimientos de las actuaciones administrativas, recuérdese que conforme impone el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012: “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la /ley” (negritas fuera de texto), por consiguiente para el caso del proceso administrativo de responsabilidad fiscal, la garantía del debido proceso consiste en la obligatoria aplicación de las normas especiales, establecidas principalmente en la Ley 610 de 2000 y en la Ley 1474 de 2011.”

De lo anterior se colige que la ejecutoria del fallo proferido dentro del proceso de responsabilidad fiscal opera por mandato legal cuando tiene lugar alguno de los eventos señalados de manera expresa en el artículo 56 Ley 610 de 2000, norma especial que determina que los recursos deben ser impetrados dentro de los cinco (5) siguientes a la notificación y no dentro de los diez (10) días como lo dispone el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 el cual contiene una regla general, como erradamente lo invoca el apoderado.

Volviendo al caso concreto del recurso en contra del fallo 010 impetrado por el apoderado del señor **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**, es menester recordar que la notificación se recibió el 01 de diciembre del 2023, por tanto, el término para interponer el recurso se venció el 12 del mismo mes y año, pese a ello, se radicó el día 14, es decir, dos días después, por ello resulta extemporáneo, por ello será rechazado.

¹⁹ MANUAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL VERSIÓN 1.0 – Contraloría General de la República

²⁰ Concepto CGR-OJ-017-2019 - 2019EE0011222 del 05 de febrero de 2019 y Concepto CGR-OJ-182-2022 – 2022EE0179616 del 13 de octubre del 2022.

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Y no puede ser de otra manera por cuanto las actuaciones administrativas, como lo es el proceso de responsabilidad fiscal, deben adelantarse de conformidad con las normas de procedimiento y competencias establecidas en la Constitución y la ley; en tal sentido, las normas procesales, al tener el rango de normas de orden público, son de obligatorio cumplimiento por los operadores jurídicos, por los funcionarios, por los sujetos procesales o por los particulares.

Luego de una breve transcripción de apartes del fallo impugnado, asegura el apoderado que no es posible deriva la responsabilidad fiscal a un mero contratista de prestación de servicio cuyas funciones eran de apoyo y esboza, no es comparable con el mismo rasero de la responsabilidad fiscal del gerente de la entidad; considera la defensa, que es una apreciación vagamente subjetiva de este despacho, pues lleva consigo valoraciones que anulan la jerarquía y el grado de responsabilidades y finalmente complementa su argumento en los siguientes términos:

“En Nuestro país, así como en muchos, tenemos obediencia y punto de referencia a la Pirámide kelsiana, desde la academia entendimos la importancia de categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás, ejemplo. Constitución, ley, decreto ley, ordenanza etc.

Y este es precisamente el principio del cual se aparta el Fallador, al pretender equiparar las funciones, responsabilidades y jerarquía de un simple contratista con el rango más bajo del nivel profesional a las del Gerente de dicha entidad.”

Sobre este punto, no desconoce el despacho que en todas las entidad públicas existen filtros, supervisiones, escalas jerárquicas y obligaciones de mandos superiores que deben ejercer la vigilancia y control de sus delegatarios, tal como se indicó en el fallo, pero para este caso concreto, el ingeniero **OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ** tenía unos deberes a cargo que no se pueden desconocer y que no quedan desdibujados por las demás acciones y/u omisiones de sus superiores, pues bajo ningún punto de vista, la posición en la jerarquía de la entidad es causal de justificación y mucho menos en este caso, en el que no estamos al frente de una actividad irrelevante, pues como es bien sabido, el contrato en cuestión no solo era de gran impacto en la ciudad por el objeto pactado, sino que la cuantía de recursos públicos invertidos, hacía que respecto del mismo se tuviera especial consideración y por ello le era demandable a todos los actores que estaban relacionados con él, una mayor meticulosidad; así entonces, el que sus supervisores no hubiesen cumplido con el deber de revisar el informe suscrito por el ingeniero, **OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ** es una situación que está muy lejos de desvanecer el reproche de no haber actuado con la diligencia debida.

Retomando el libelo impugnatorio, manifiesta el apoderado que si bien su representado

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

presentó un informe errado, el superior estaba en el deber de revisarlo y ordenar la corrección, máxime en este asunto de alta cuantía e importancia, que fue tomado con ligereza por el jefe de la entidad, conducta permisiva, que en su criterio, conllevó tanto al incumplimiento de los contratistas, como a la dilatación del proceso de declaratoria de caducidad del contrato; hecho que a su vez le permite concluir que no es el informe en comento el que generó el detrimento, sino que este se generó por la permisividad y pasividad de quienes debían revisarlo.

Comparte el este de control la aseveración de la defensa consistente en calificar como negligente y permisiva la conducta del representante legal de la entidad afectada, tanto que se le ha derivado responsabilidad fiscal en el particular, pese a ello, se reitera, que tales omisiones y acciones reprochables al gerente de Movilidad Futura no tienen la capacidad de opacar el grave error que cometió su representado en la cuantificación de los materiales.

Asegura la defensa del ingeniero **OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ**, que el incumplimiento del contratista ya se había generado, por tanto con el informe presentado por su defendido, no se podía hacer nada respecto del citado hecho, por esto y en virtud del principio de jerarquía y valoración de las normas, que en criterio del apoderado se aplica para la jerarquización de cargos, funciones y responsabilidades en la administración pública; considera que este ente de control comete un error al pretender otorgar la misma responsabilidad a todos los administrados, pues existe una clara diferencia en sus responsabilidades, actuaciones, representaciones, funciones y obligaciones.

En otro punto, hace alusión la defensa al argumento de este despacho, consistente en que el daño al patrimonio del Estado se produce por la omisión por parte del Representante legal, el silencio del Consorcio y el error de su Representado, pero acota a lo anterior, que no se puede endilgar la misma responsabilidad a todos los imputados porque si bien su poderdante cometió un error en el momento de realizar la relación de costos del material, no era responsable de la revisión del informe presentado, ni de las demás acciones relacionadas con la conciliación, las que si eran de resorte de sus superiores, haciendo, posteriormente hincapié en la conducta o misiva del gerente de la entidad.

Es de advertir que en la quinta consideración del libelo impugnatorio se vuelve respecto de estos argumentos, pues insiste que la equivocación que incurrió el Ingeniero OSCAR CAICEDO de colocar en el informe los materiales en unidades cuando se trataba de metros cuadrados no fue causa directa del detrimento patrimonial, asegurando que la causa real del daño al erario público tiene su origen en el incumplimiento contractual del CONSORCIO VIAS POPAYAN, pues estos materiales solo comprendían una parte mínima de la totalidad del dinero que debía a la parte Contratante por no ejecutar el

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

contrato y que hasta este momento tiene en su propiedad.

Sobre todo lo anterior, descuida el apoderado que en el presente proceso no se investiga el incumplimiento del contrato o las causas que motivaron al contratista a apartarse de sus obligaciones, lo cual es evidente en el marco del negocio jurídico; lo que se ha tenido en el particular como hecho generador de daño, es que la entidad afectada generó una liquidación errada de las cuentas pendientes del contrato y con ello se generó un detrimento patrimonial, en donde estas cuentas erradas fueron producto del actuar negligente del presunto responsable; tanto que independiente del incumplimiento del contratista, si el señor Oscar Caicedo no hubiese cometido el craso error en la liquidación de los materiales que entregó el contratista, este proceso no se hubiese iniciado; por ello, si bien el incumplimiento del contrato y las omisiones de la alta dirección, de cara al contrato en general son cuestionables, en esta instancia y conforme al hecho generador de daño, lo preponderante se hace visible a partir de la tasación irregular de los materiales hecha por el citado ingeniero, error que fue arrastrado por la alta dirección a las demás instancias y que se insiste, si no se hubiese cometido, no habría alcanzado las nefastas consecuencias al patrimonio público, por ello, estos argumentos esbozados hasta el momento, no son de recibo.

Retomando la impugnación, tenemos que el apoderado insiste en que su representado no tenía conocimiento del contrato y acota que el informe se hizo en cumplimiento de la orden de un superior, sobre lo cual se ha pronunciado el despacho tanto en el auto de imputación, como en el fallo, en donde se ha desvirtuado esta aseveración, pues la interventoría en su último informe presentado en el mes de mayo del 2014 manifiesta lo siguiente²¹:

Este documento contenía diferencias sustanciales comparadas con el elaborado por la interventoría en el mes de marzo a solicitud de Movilidad Futura, se citó a una reunión conciliatoria de cantidades entre el Ente Gestor, la interventoría y los representantes del Contratista. Esta reunión se llevó a cabo el día 11 de abril con la asistencia de las siguientes personas: Ing. Oscar Caicedo F. Asesor de la Supervisión de Movilidad Futura, el Ing. Luis Enrique Lozano, auxiliar del Consorcio Vías Popayán, contratista y por la Interventoría, las Ingenieras Lourdes M. Medina S. coordinador residente y Angélica M. Garzón Alayón, auxiliar.

Posteriormente se indica lo siguiente:

Los anteriores fueron aprobados por el Asesor Ing. Caicedo, por el mismo medio y radicado CR-13-0568 pues se encuentran en el rango promedio del mercado.

²¹ Ver página 766 del PDF: “CONTRATO MAYA VIAL.”

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

De lo anterior se confirma, que este presunto responsable en calidad de ingeniero, pese a que era contratista, sí estaba involucrado en el proceso contractual, por ello no es cierto que hubiese sido ajeno al negocio jurídico que se investiga; si a lo anterior sumamos que fue contratado por Movilidad Futura con ocasión de su perfil profesional y para desarrollar funciones propias de su gremio, es evidente que estaba en plena capacidad de dilucidar la importancia de lo que estaba valorando, máxime si tenía acceso a los informes de interventoría, pero más aún si la poca cantidad de materiales a valorar no hacía dispendioso el trabajo.

De otro lado, la defensa del investigado, puntualiza que este despacho atribuye responsabilidad a los investigados sin analizar en concreto su grado de culpabilidad y circunstancias como cuál es el cargo que ostentaban y las funciones desempeñaban, quiénes eran los encargados de ejecutar y liquidar el contrato, quienes debían aprobar el informe de los materiales que se debían entregar y las oportunidades que tuvieron para notar el error y corregirlo; argumento que retoma posteriormente en la cuarta consideración del libelo impugnatorio, en donde el apoderado transcribe apartes del fallo relacionados con la calificación de la conducta de su defendido e invoca la sentencia T-338-2014 de la Corte Constitucional, para luego indicar que debe analizarse la conducta desplegada y no limitarse a atribuir responsabilidad por la profesión que ostenta, pasando por alto que el informe se presentó bajo la presión de su superior.

A renglón seguido y luego de hacer alusión a las normas que reglamentan la calificación de la conducta y de jurisprudencia aplicable, agrega que en el particular no se ha demostrado que la conducta de su representado fue dolosa o gravemente culposa, pues no se acreditó que quiera causar daño al patrimonio del estado o a quien recibió el informe, de igual forma, asegura que no podría haber provocado con dolo este error ya que no le causaría ningún beneficio a su patrimonio sino causaría y como de hecho sucedió un enriquecimiento injustificado en el patrimonio del CONSORCIO INVIAS POPAYAN.

Esboza que la falta de diligencia y cuidado en la elaboración del informe por parte del Ing. Oscar Caicedo ocurrió bajo el criterio de la culpa leve. Adicionalmente agrega que no hubo mala fe.

De entrada el ente de control rechaza el argumento relacionado con la presunta ausencia de análisis de la gestión de los investigados, por cuanto no se compadece con la motivación vertida tanto el auto de imputación, como en el fallo impugnado, pues se dedicó por separado un acápite para analizar y motivar la gestión irregular atribuible a todos y cada uno de los imputados, en donde se detalló la calidad de cada uno frente al contrato, frente al hecho generador de daño, frente a la gestión que se les reprocha, pero en concreto se hizo para cada presunto responsable, un análisis de la conducta para poder calificarla, más en el caso de este presunto responsable, en donde se

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

presentó un estudio detallado de sus calidades, para demostrar que su intervención no puede equiparable a la de cualquier persona corriente o del común; por ello, los argumentos generales y desconsiderados del apoderado no tienen vocación de prosperar, pues con una revisión del acto que se impugna, queda en evidencia que la generalidad de lo esbozado no atiende a la seriedad y especificidad de la motivación ofrecida por el despacho.

En cuanto a la culpa leve, con la que considera que debe ser calificada la conducta de su representado, el despacho se aparta de tal posición, pues se actúa de manera culposa si era previsible que la conducta causaría un daño y no se prevé, o habiéndolo previsto, se no desarrolla la diligencia exigible para evitarlo; descendiendo al caso concreto y atendiendo a la especialidad del asunto que se está valorando, recordemos que el sujeto activo de la conducta, el señor Oscar Alberto Fernández ostentaba la calidad de ingeniero y en virtud de tal calidad se le encomendó la valoración y cuantificación de los materiales; esta confianza depositada por la entidad en el presunto responsable, obligaba al profesional a atender el mandato, bajo los preceptos de la “*lex artis*” de su profesión, entendida en términos generales como el “*Conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio*”²²; por tanto el modelo de diligencia demandable al presunto responsable estaba construido por la reglamentación, parámetros y experticia, que como ingeniero le eran exigibles para realizar un informe que solo una persona con ese perfil podía ejecutar satisfactoriamente y en ese contexto, es perfectamente claro que debía más que nadie, saber si los materiales que iba a valorar, debían cuantificarse en metros cúbicos o lineales, pues esa era una actividad propia y común en el quehacer de los ingenieros.

En conclusión, para este presunto responsable es claro que el error que se le endilga, fue cometido por la negligencia, falta de cuidado y desidia, ya que contaba con el perfil profesional idóneo y la aptitud para desarrollar el informe conforme a las pautas de acción y racionalidad propias de su ramo (*lex artis*), es decir, su profesión le permitía tener la capacidad de prever las consecuencias de un error, como el que cometió; todo lo anterior, hace que la conducta del ingeniero de cara a ese error solo pueda ser calificada como GRAVEMENTE CULPOSA.

En un tercer punto, luego de hacer transcripción de apartes del fallo en donde se analiza la conducta de este presunto responsable, reproduce el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 y apartes de la sentencia SU431-2015, para luego advertir que responsabilidad fiscal únicamente aplica para gestores fiscales y asegura que en el caso de que no se tenga poder de decisión en el manejo de los recursos del Estado, se deberá seguir un proceso distinto al de responsabilidad fiscal, argumentos que justifica en las sentencias T 840 del 2001 de la H. Corte Constitucional y en la sentencia del Consejo De Estado

²² Definición tomada de: <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

con radicado 18001-23-31-000-2002-00374-01.

Insiste que para derivar responsabilidad fiscal el sujeto debe ser cualificado y para el caso concreto, el Ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández porque el cargo asignado en Movilidad Futura S.A.S fue de contratista con funciones de apoyo en la elaboración de presupuestos para la licitación de interventoría de las obras asignadas, cargo que no involucraba una gestión fiscal, por tanto, agrega, que un juicio de reproche al error de su representado, no se debe hacer en un proceso de responsabilidad fiscal.

Estos argumentos expuestos por el apoderado fueron claramente analizados, depurados y motivados en el fallo que se impugna, en donde se indicó que no se ha responsabilizado a este presunto responsable como gestor fiscal propiamente dicho, sino que la vinculación e imputación que se ha hecho por estos hechos al ingeniero Oscar Caicedo, tuvo su sustento en la Ley 610 de 2000, vigente para el año 2014-2015, momentos en los que se aprobó este proceso conciliatorio del contrato 001-2012, prescribía en su artículo 1:

“...el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías, con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y 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”
(Subrayas fuera de texto)

Conforme a lo anterior y contrario a lo que esboza el apoderado, considera esta gerencia colegiada que sí estamos al frente de un sujeto cualificado, pues el señor Oscar Alberto Caicedo Fernández tenía perfil ingeniero civil y estuvo vinculado al contrato, por tanto, estaba en plena capacidad de discernir y comprender con absoluta claridad y experticia la forma en que debía generar el “BALANCE FINANCIERO CONTRATO DE OBRA PÚBLICA N°. 01-012” y si bien no fue gestor fiscal directo de los recursos públicos, con lo expuesto, tenía la plena capacidad de contribuir con la generación del presunto detrimento, como efectivamente ocurrió, pues de cara a los conocimientos propios de su profesión, el despacho no encuentra justificación del error contenido en el balance financiero del contrato y que dio origen a una serie de situaciones irregulares que terminaron en la generación del hecho que se predica como irregular, cual fue haberse reconocido al contratista la suma de \$618'743.536 por insumos de espacio público entregados por el Consorcio, en la primera semana de 2014 y en virtud de las obligaciones contractuales, pese a que las mismas tenían un valor muchísimo menor.

Así las cosas, tal como se presentó en el auto de imputación y en el fallo, la gestión que demanda la Ley 610 de 2000, para determinar la responsabilidad de un servidor público o de un particular, de cara a los recursos públicos, no solo se circunscribe a la administración, manejo, custodia y demás acciones de que trata el artículo 3, pues con

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

ocasión de la gestión fiscal, pueden darse las circunstancias necesarias para generar un año al erario, así lo ha indicado la H. Corte Constitucional en Sentencia C-840 del 2001:

“El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. 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 dentro del marco de la tipicidad administrativa.”

Por último, respecto al detrimento patrimonial, luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 267 de nuestra Constitución Política respecto del control fiscal posterior y selectivo, el apoderado del responsabilizado agrega que este despacho no es competente para resolver este conflicto, toda vez que el dinero involucrado no ha salido de las arcas del estado y en razón de ello, no se ha configurado un detrimento patrimonial real, sino una mera expectativa.

Como primera medida el control fiscal posterior y selectivo, son mecanismos para ejercer el control fiscal micro, es decir, que tales conceptos aplican a otro macroproceso mediante el cual el ente de control ejerce sus competencias, diferente al proceso de responsabilidad fiscal, el cual también se ha catalogado por este máximo ente de control fiscal como otro gran macroproceso que se sustenta básicamente en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 268 superior que a la letra reza:

“ARTICULO 268²³: El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

...

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.”

Ahora bien, al no ser el control posterior y selectivo aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, es evidente que el argumento esbozado resulta abiertamente impertinente para desvirtuar el daño, elemento de la responsabilidad fiscal que en el

²³ Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

caso concreto se ha demostrado de manera indiscutible, como se consignó en el fallo que se impugna.

Es evidente que los argumentos impugnatorios presentados en favor del Ing. Oscar Caicedo no están llamados a prosperar, por ello, se confirmará de decisión inicialmente tomada en su contra.

- **GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A. y FABIAN GARCIA RIOS²⁴.**

Inicia el escrito impugnatorio asegurando que, en las actuaciones surtidas con sus prohijados, no contaron con garantías de defensa y mucho menos con un proceder objetivo e imparcial, no obstante, no desciende el asunto a un caso concreto, destacando este ente de control, que respecto de estos presuntos responsables se ha sido en extremo garantistas como se detalló en el fallo.

Se refiere a la negativa a las pruebas solicitadas en la ampliación a la versión libre, e indica que la misma se constituye en actitud hostil y desproporcionada, de extralimitación y de violación a los derechos de los investigados bajo su defensa, por parte de este ente de control; a lo que replica esta colegiada que se debe tener en cuenta que el asunto fue desatado en el auto 159 del 27 de octubre del 2023, en donde se dejó expresamente motivada la posición del despacho, pero sobre todo se dejó en evidencia que las solicitudes de pruebas presentadas en defensa de estos presuntos responsables, ya habían sido objeto de pronunciamiento en varias oportunidades procesales, sin que el abogado presentara los recursos correspondientes.

Agrega que esta Contraloría en sus fallos, no ha escatimado oportunidad para censurar el comportamiento procesal de sus prohijados y que ha amenazado a sus clientes con denuncias penales; a esto se responde que, no se ha amenazado a los presuntos responsables con denuncias, sino que se ha procedido a colocar en manos de las autoridades competentes, situaciones que en parecer del ente de control son irregulares, para que sean investigadas por la Fiscalía, tal como se ordenó mediante auto 427 del 16 de agosto del 2023 y como efectivamente se hizo mediante radicado 2023EE0139745²⁵ del 22 del mismo mes y año.

De lo anterior, solo se puede colegir que el despacho ha obrado como en derecho corresponde, sin que ello se constituya en un acto de parcialidad y mucho menos se torne como una situación personal, pues como es bien sabido, a todas las personas,

²⁴ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARCIA RIOS Y FABIAN 2023ER0226624 PRF 858 y 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GARICA RIOS Y FABIAN PRF 858 y RECURSO REPOSICION Y APELACION CONTRALORIA MOVILIDAD – f

²⁵ 20230822 guia472 fiscalia 2023ee0139745 prf 00858.pdf

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

incluidos los servidores públicos, que tengan conocimiento de un hecho delictivo, están en el deber de denunciarlos y el incumplimiento de este deber, acarrea consecuencias tan graves como la imposición de sanciones penales y disciplinarias, por omisión del deber de denuncia.

Continúa el apoderado aseverando que las pruebas fueron indebidamente valoradas y se direccionaron a establecer responsabilidad fiscal en cabeza de sus clientes, para luego de efectuar una transcripción de dos apartes del fallo, indicar que se acomodaron los hechos, dirigiéndolos a sustentar que sus patrocinados habían hecho entrega de inventarios de los insumos en entredicho y que además fueron valorizados por sus clientes lo cual es falso, argumento en el que es insistente.

De entrada, el despacho deja sentado que tal argumento no se compadece con la motivación del fallo y con la textualidad de lo transcrito, pues el aparte que presenta no dice lo que el apoderado pretende acomodar; como primera medida, los párrafos corresponden al informe técnico rendido por un funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 2019IE0062169²⁶ del 18 de julio del 2019, pero además, claramente se lee que contratista entregó los insumos, no que ellos los valoraron:

En este documento, se indica que se efectuó la valoración real de los insumos de espacio público entregados por el contratista, de la siguiente manera:

“En la entrega realizada por el contratista CONSORCIO VIAS POPAYAN, a MOVILIDAD FUTURA se consideraron costos de metros cuadrados y se multiplicaron por el número de unidades encontradas y almacenadas, este error da como resultado la diferencia notoria en los costos.

Ahora bien, en el fallo se dejó muy claro que la valoración de los insumos fue hecha por Movilidad Futura, lo siguiente deja en evidencia que el argumento del apoderado no corresponde a lo que el despacho ha determinado al respecto:

“Ante el incumplimiento y con ocasión del inicio de un proceso sancionatorio en contra del contratista, Movilidad Futura el 10 de diciembre de 2014, por medio del ingeniero OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ , hace una relación de costos de material entregado por el CONSORCIO VÍAS DE POPAYÁN – CVP en virtud del contrato mencionado, para efectos de efectuar el balance financiero del mismo, el cual fue remitido con otros documentos al ingeniero VICTOR ROSERO en calidad de representante legal de Movilidad Futura, para efectos de que en representación de la entidad procediera a verificarlos y a realizar las acciones pertinentes y conducentes frente al contrato incumplido.”

Hace referencia el libelista a testimonios que solicitó para efectos de desvirtuar el argumento consistente en que sus representados no cuantificaron los materiales;

²⁶ 59_20190730_ENTREGAINFORMETECNICOPAEZ_00504

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

haciéndose nuevamente evidente la impertinencia de los medios probatorios, con los que se pretendía probar un hecho inexistente, pues se insiste, siempre se ha tenido claro que los materiales fueron mal valorados por la entidad que los recibió.

Nuevamente transcribe el apoderado el informe técnico en el que se sustenta en gran medida el elemento del daño en el particular, para hacer alusión a un acta de entrega, término que se incluyó en la descripción de la metodología empleada por el ingeniero que lo rindió, pese a ello, es de advertir que de esta prueba técnica se ha tomado la conclusión que es la que en últimas corrobora el hecho generador del daño y el daño mismo.

Prosigue el apoderado con la siguiente transcripción:

“... en efecto si existe una diferencia cuantitativa en el valor entregado por parte del Consorcio Vías Popayán en el proceso de conciliación, toda vez que en el informe se tomaron valores de costo por metro cuadrado y se aplicaron a unidades de material...”

Lo anterior, para indicar que sus prohijados no entregaron ningún informe, no obstante descuida que el informe que refiere es el que hizo la misma movilidad futura, por ello, no es cierto el argumento que presenta el apoderado consistente en que el fallo se haya indicado que sus clientes fueron los que entregaron los valores de los insumos en la audiencia de conciliación.

De lo anterior se puede advertir que el despacho no ha omitido valorar las pruebas que reposan en el expediente, pero también es evidente que el apoderado sustenta sus argumentos en palabras aisladas contenidas en una sola prueba, otorgándoles significados que no tienen y descontextualizando los hechos reales que han permitido derivar responsabilidad fiscal a los contratistas.

Se hace alusión seguidamente a la versión libre de sus prohijados y a los argumentos en ella vertidos, especialmente a lo que tiene que ver con las diferentes etapas del proceso de conciliación que transcribe para luego insistir en que sus clientes no valoraron los materiales.

Respecto del proceso de conciliación y a las diferentes etapas en las que se surtió, siempre han estado claramente detalladas en el auto de imputación y en el fallo, de igual forma, se insiste, es claro que la valoración de los materiales fue hecha por la entidad que los recibió; ahora bien, lo inicialmente reprochable a los consorciados contratistas es que el 18 de diciembre de 2014 solicitaron conciliación extrajudicial que le correspondió por reparto a la Procuraduría 73 Judicial I para Asuntos Administrativo, admitida mediante auto No. 013 del 03-02-2015, documento en el que estos

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

responsabilizados aseguraron lo siguiente²⁷:

“SEPTIMO: Que al momento de tasar los perjuicios la entidad que por este medio se cita no tuvo en cuenta que existen unos elementos financieros a nuestro favor y que son reconocidos por la entidad y por la interventoría los cuales debieron tenerse en cuenta a la hora de establecer un posible perjuicio los cuales a groso modo enumero a continuación:

2.- Que como parte del contrato se entregaron a la entidad que aquí se convoca materiales de construcción y elementos de construcción y señalización (Pipman) los cuales están a buen recaudo de la entidad llamada a conciliar por valor de \$ 618.743.536. (Subrayado del despacho).

Así entonces, se reprocha que se haya guardado silencio respecto de la liquidación errada de los materiales, hecho que es efectivamente un acto reprochable por mal intencionado, pues se hizo propio el error al incluirlo en el proceso de solicitud de conciliación ante la Procuraduría, quedando en evidencia la mala fe; pues como se advirtió en el fallo, no estaban al frente de una simple equivocación, sino de una sobrevaloración de materiales en cuantía superior a un 2.000%, en donde no resulta medianamente sensato que lo que vale aproximadamente TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (**\$38.000.000**), se cuantifique en más de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (**\$600.000.000**).

Sigue considerando esta Gerencia Colegiada, que esta situación se sale de cualquier tipo de lógica, del sentido común y de la mínima cordura y sensatez, máxime si estamos al frente de personas profesionales del ramo de la ingeniería, quienes en el giro de sus acciones profesionales tienen constante interacción con este tipo de insumos propios del quehacer de los contratos como el que se investiga.

Volviendo a los argumentos impugnatorios, el apoderado asegura que sus clientes no fueron quienes causaron el daño objeto de este asunto, pues considera probado que dicha conducta se originó directamente en la entidad y en los funcionarios que tuvieron a cargo el trámite de la audiencia de conciliación; concluye entonces que es ilegal trasladar la responsabilidad del presente asunto en cabeza de sus clientes quienes no originaron el daño censurado.

Sobre este argumento y tal como se ha indicado en el auto de imputación y en el fallo, si bien los consorciados no liquidaron erradamente los materiales, si hicieron propio el error en la liquidación de unos materiales que ellos mismos adquirieron, hecho que les daba el dominio de la situación relacionada con los costos de los mismos; en tal sentido, el error del informe no los excluye de responsabilidad y mucho menos los

²⁷ Página 44 del PDF: “24_444645 - CONSORICIO VIAS POPAYAN VS. MOVILIDAD FUTURA”

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

justifica y es aquí en donde se configura el dolo eventual, pues no estamos al frente de terceros ajenos a una situación extraña que les obligaba a confiar a ciegas en la actividad de Movilidad Futura; así entonces, las dudas se acentúan más cuando eran los consorciados los que se iban a ver beneficiados con el error, hecho que deja en evidencia la eficaz voluntad de evitar corregirlo en el proceso liquidatorio el cual tenía como único norte ajustar las cuentas del contrato.

Por tanto, no se comparte lo indicado por el apoderado cuando asegura que los consorciados contratistas no tuvieron poder decisorio sobre fondos o bienes objeto de la conciliación prejudicial, pues no era cuestión de decidir, sino de ser honestos con la realidad del contrato, coherentes con los valores reales de los insumos que de bulto conocían y sensatos con el proceso de conciliación, que como su nombre lo indica, busca llegar a un acuerdo, en donde no se impone el deber de administrar los recursos o bienes públicos, como erradamente lo presenta el apoderado.

Y es aquí en donde encontramos de manera clara e irrefutable el nexo de causalidad que el apoderado invoca en un tercer punto del libelo de impugnación, pues el daño se ocasionó en parte, en el silencio del contratista, es decir, si los responsabilizados hubiesen obrado con decoro, no habrían permitido que en su favor se reconocieran un 2.000% más del valor de los materiales y se hubiese evitado el detrimento al erario público.

Siendo más concretos, el daño en el caso que se investiga está enlazado directa y estrechamente al actuar de mala fe de los consorciados; pues esta posición cuestionable de los responsabilizados generó un vínculo determinante e indispensable con la pérdida de los recursos involucrados, constituyéndose en la causa directa, necesaria, eficiente y determinante de la misma.

De otra parte, indica el apoderado que el contrato está terminado, lo cual es cierto, como también lo es, que no se investiga el actuar negligente del contratista de cara a las obligaciones contractuales y es importante lo anterior, por cuanto le asiste la razón en el sentido de afirmar que la liquidación hace tránsito a cosa juzgada, no obstante descuida que las altas cortes en las jurisprudencias aplicables a este tópico, siempre analizan la situación en el marco del contrato estatal y teniendo como actores a los extremos del mismo, esto es contratista y contratante, quienes son los únicos facultados para interponer las acciones judiciales correspondientes ante el juez natural, para obtener el reconocimiento o pago de obligaciones derivadas de la liquidación, entendida a su vez, como el ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las **PARTES CONTRATANTES** establezcan las acreencias pendientes, saldos a favor o en contra de cada uno, se declaren a paz y salvo, todo para extinguir el negocio jurídico celebrado.

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Conforme a lo anterior, es evidente que no están llamados a prosperar los argumentos impugnatorios presentados por el apoderado de estos responsabilizados y se deberá confirmar la decisión en su contra.

- **EDUARDO GIRONZA LOZANO**²⁸.

En un primer ítem denominado “INDEBIDA TASACIÓN DEL MONTO DE LA OBLIGACIÓN”, se asegura que el acto de liquidación del contrato, pese a su irregularidad limita a este despacho para proceder como se ha hecho, por cuanto las partes se declararon a paz y salvo, conforme se indica en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007; posteriormente se transcribe jurisprudencia aplicable al asunto, en donde se destaca que la liquidación del contrato estatal esta cobra fuerza ejecutoria y como tal presta merito ejecutivo.

Como se advirtió en el fallo, la Contraloría General de la República no fue parte del contrato que fue liquidado, por ello, independiente que la conciliación se haya surtido ante las instancias legales y que la misma se haya convalidado ante un tribunal, este ente de control bajo la autonomía de sus competencias, de cara a la especialidad de la responsabilidad que puede derivar, que a su vez es independiente de cualquier otra responsabilidad, está en el deber de buscar el resarcimiento al patrimonio público por el evidente y aceptado error contenido en la liquidación del contrato, pues esta situación afectó los recursos públicos por la gestión fiscal irregular de algunos presuntos responsables, en participación con la gestión irregular, que con ocasión de aquella, incurrieron los consorciados, entre otros; en este sentido, como tercero ajeno al proceso contractual, pre-contractual, contractual y post-contractual y a la luz de los derroteros constitucionales vertidos en los artículos 267 y 268 de nuestra Carta Superior, al haberse demostrado la existencia de un detrimento patrimonial, la Contraloría General de la República, bajo las reglas trazadas en la Ley 610 de 2000, está en el deber de investigar la gestión irregular y establecer el nexo causal, como se ha hecho en el particular, sin invadir la órbita del Juez Natural.

Volviendo a los argumentos impugnatorios, precisa el responsabilizado que por esta liquidación se adelanta un proceso ejecutivo en el que se han decretado cuatro medidas cautelares en favor de Movilidad Futura S.A.S. por valor de \$682.202.000.

Se considera por este ente de control, que en el proceso ejecutivo que se adelanta por Movilidad Futura en su contra, no se podrán recuperar los recursos públicos que con el presente se investigan, pues como en su momento se advirtió, el hecho generador de

²⁸ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO GIRONZA 2023ER0226625 PRF-2019-00858 y RECURSO_CONTRA_AUTO_IMPUTACIÓN_DE_CARGOS_MOVILIDAD

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

daño se circunscribe al reconocimiento de un mayor valor en materiales que fueron recibidos del contratista, por tanto, en la liquidación del contrato se otorgó un derecho patrimonial inexistente a un tercero en perjuicio de los recursos públicos y que no podrá ser resarcido en el proceso judicial, precisamente porque en el documento que contiene la obligación clara, expresa y exigible se sobredimensionó el valor de los materiales, reconociéndoles un derecho inexistente; así las cosas, no es posible bajo ninguna circunstancia tener como resarcido el patrimonio público por el hecho del embargo en el proceso ejecutivo, pues allá se está resarciendo el patrimonio público de cara al incumplimiento del contrato, pero en este proceso de responsabilidad fiscal, se busca el resarcimiento por el reconocimiento de unos dineros a los que no se tenía derecho alguno, por tanto este argumento no está llamado a prosperar.

Seguidamente, indica en la impugnación, que su participación en el consorcio solo fue del 25%, argumento que fue resuelto en el auto de imputación y en el fallo, en los que se indicó que el numeral 7 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021, prescriben que este tipo de porcentajes debe ser tenido en cuenta solo para efectos de la imposición de sanciones, destacándose que con el proceso de responsabilidad fiscal no se imponen sanciones, pues es eminentemente resarcitorio.

Al respecto el Consejo de Estado - Sala de lo contencioso administrativo - Sección cuarta, indicó lo siguiente al respecto²⁹:

“No obstante, en la unión temporal, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en mención deben imponerse según el grado de participación de cada miembro en la ejecución de estas, mientras que los integrantes de los consorcios responden solidariamente frente a las sanciones.

Además, el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas sino la unión de personas para presentar una propuesta y celebrar y ejecutar un contrato con una entidad pública. Por ello, los acuerdos consorcial y de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación³⁰. Y, tienen una duración limitada en el tiempo, pues, se repite, se crean solo para la presentación de una propuesta y, si resultan favorecidos, para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato correspondiente.”

Por último, el libelista hace alusión a la ausencia de nexo causal en el que en su criterio, no se enmarca su conducta como parte del consorcio contratista, lo cual no es de recibo, pues como se analizó para los demás consorciados contratistas en el ítem inmediatamente anterior, el daño del asunto objeto de investigación, está vinculado

²⁹ Fallo del 29 de abril de 2010 - Radicación número: 25000-23-27-000-2003-02200 01(16883) - Consejero ponente (E): MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

³⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1513 de 9 de octubre de 2003 C. P. Gustavo Aponte Santos

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

directa y estrechamente con el actuar de mala fe de los consorciados; pues esta posición cuestionable de estos, los hizo responsables al generarse un vínculo determinante e indispensable con la pérdida de los recursos involucrados, constituyéndose en la causa directa, necesaria, eficiente y determinante de la misma.

Conforme a lo enunciado no están dados los elementos para desvincular a este presunto responsable y se procederá a confirmar la decisión en su contra.

Es de advertir, que en el escrito de impugnación se invoca nulidad:

“Es importante precisar que producto de las medidas decretadas se constituyeron en favor del Juzgado 4 Administrativo o de Popayán 3 depósitos judiciales por valor de:

- \$461.785.432 del 23-10-2019
- \$12.332.500 del 07-11-2019
- \$208.084.68 del 26-12-2019

Con esto se cumplió con el pago total de la medida cautelar decretada en favor de Movilidad Futura S.A.S. por valor de \$682.202.000.

Es importante precisar que la responsabilidad fiscal difiere ostensiblemente y llaman vehementemente a la configuración del error de derecho lo que de paso origina la violación al debido proceso por indebida valoración probatoria y al surgimiento de la duda procesal pues no se ha establecido con claridad cuál es el valor real del daño perseguido, generando por ende a una nulidad procesal pues no ha sido establecido el valor real de las obligaciones dentro de la presente acción.

...

Por lo anteriormente expuesto, se solicita a esta Contraloría muy respetuosamente se proceda a declarar la nulidad del auto de imputación de responsabilidad fiscal # 010 DEL 16-11-2023.”

Como primera medida la nulidad resulta improcedente conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 610 de 2000, sobre lo que se volverá más adelante; pero a fin de dejar clara la situación, debe tenerse en cuenta, como ya se indicó párrafos atrás, que el valor que se le cobra en el proceso ejecutivo no tiene que corresponder a la cuantía del presente proceso, pues allá no se está cobrando lo mismo que en esta investigación, ya que en la liquidación del contrato, Movilidad Futura incluyó en favor de la entidad contratista un mayor valor, es decir, que si en la liquidación se hubiese incluido el costo real de los materiales, es decir la suma de \$38.976.920, el día de hoy Movilidad Futura habría podido ejecutar y embargar en ese proceso ejecutivo un total de \$1.261.972.716 y no de \$682.202.000.

De otro lado, para valorar la procedencia de la nulidad, es necesario recordar que la Ley 610 de 2000 dispone sobre las nulidades, lo siguiente:

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

“ARTÍCULO 36. CAUSALES DE NULIDAD. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.

*...
ARTÍCULO 38. TERMINO PARA PROPONER NULIDADES. Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente.”*

Por su parte, la ley 1474 del 2011, indica sobre la oportunidad de las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal:

“ARTÍCULO 109. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD. La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final, la cual se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.

Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión.”

Así las cosas, es evidente que una solicitud de nulidad impetrada con posterioridad al fallo es completamente improcedente por extemporánea, toda vez que la ley 610 del 2000 y la Ley 1474 del 2011, prescriben que solo puede incoarse hasta antes del fallo definitivo o decisión final, entendido dicho acto administrativo como el que pone fin al procedimiento, ya que después de haberse proferido solo quedan los recursos en sede administrativa, los cuales se constituye en el momento procesal oportuno para poner de presente cualquier inconformidad.

Ahora bien, para el Órgano de Control, el criterio que aquí se adopta es posición institucional, así se desprende del concepto emitido por la Oficina Jurídica No. 80112-EE50539 de septiembre 10 de 2009, en el que se concluyó que no se pueden incoar nulidades con posterioridad al fallo:

“Prueba de que la voluntad del legislador es que sólo se opongán nulidades hasta antes de proferido el fallo con responsabilidad, es que dispuso en el inciso segundo del art. 38 de la Ley 610/00 que el auto que las decida queda sujeto al recurso horizontal de reposición y al jerárquico de apelación.

Si estuviera consentido provocar nulidades en el instante anterior a la expedición de la providencia que decide la apelación contra el fallo, no podrían surtirse entonces los dos grados respecto de la que negara la nulidad, puesto que el funcionario que desata la apelación que ataca el fallo agota ya la vía administrativa.

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Acentuemos también de otra parte que una vez dictado el pronunciamiento con responsabilidad fiscal concluye la competencia de las Contralorías respecto del objeto del juicio y sólo se reabre en razón de los medios de impugnación ofrecidos por la ley, los recursos de reposición y apelación -igual a lo que acontece con cualquier otro acto de la administración-, no en atención a pretensiones de nulidad.

Consideramos pues que si se reclama una nulidad luego de la declaración con responsabilidad debe el funcionario rechazarla, al haberse sobrepasado la oportunidad procesal idónea...

No se pueden promover nulidades con posterioridad al fallo con responsabilidad fiscal a que se refiere el art. 53 de la Ley 610 de 2000. Con este concepto damos alcance al N°. 2005EE57718 del 11 de octubre de 2005."

Así las cosas, es evidente que impetrar una nulidad en esta instancia es abiertamente improcedente, pero para que no quede asomo de duda, de que no hay mérito para declarar una nulidad y en consideración a lo anterior, la nulidad será rechazada de plano por improcedente.

- **PEDRO FELIPE POTES**³¹.

Presenta la apoderada en un primer ítem los motivos de inconformidad, haciendo alusión a las características del empleo público, para luego indicar que este ente de control asemeja su calidad de contratista a la de un servidor público de cara a sus deberes, hecho que en criterio de la apoderada es un error de la motivación, por cuanto la gestión atribuida no corresponde con la realidad fáctica ni jurídica del caso.

Destaca que los servicios que este presunto responsable prestó a Movilidad Futura se enmarcaron en el contrato de prestación de servicios que, si bien se circunscribían al apoyo a un componente, establecían unas actividades específicamente contratadas y procede a justificar su posición en doctrina.

Posteriormente asegura, que este despacho dispone como criterio vinculante para los contratistas, en calidad de particulares, la incidencia directa de SU GESTION FISCAL, es decir, el haber generado o contribuido a causar el daño y al no ser el señor **PEDRO FELIPE POTES** un servidor público la única posibilidad de endilgarle responsabilidad fiscal es por su actuación contractual que, en su criterio, no corresponde a la actuación de su defendido.

³¹ 20231212 RECURSO FALLO POTES 2023ER0237154 PRF 858 y RECURSO CONTRA FALLO INGENIERO PEDRO FELIPE POTES V FINAL

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Luego de presentar doctrina al respecto, agrega que es claro que no es posible inferir que un contratista asume un “cargo” por el hecho de suscribir un documento identificándose bajo el rótulo de “coordinador”, menos aún que se asumen las tareas y responsabilidades del mismo, e insiste reiteradamente que su defendido estuvo vinculado mediante contrato de prestación de servicios.

Manifiesta la defensa impugnante, que pese a que el despacho no desconoce la vinculación del responsabilizado a Movilidad Futura mediante contrato de prestación de servicios, se hace mención a los manuales de procedimientos de la entidad, hecho que no puede ser aceptado porque en su parecer, si bien los contratistas atienden a unas obligaciones derivadas del objeto del contrato, mal puede suponerse o inferirse que la ejecución de un contrato estatal deba ceñirse al manual de funciones y competencias laborales de la entidad que lo contrata porque se estipuló que el contratista debía atender “...*los requerimientos de orden legal y técnico del CONTRATANTE*”, los cuales podrían haber sido otros documentos como el CONPES, estudios de títulos de predios, actos administrativos de la gerencia, actas de junta directiva, etc.

Suma a lo anterior, que para el efecto se debió oficiar a la entidad para que certificara cuáles eran esos requerimientos de orden legal y técnico que estableció como marco e instrumentos para la ejecución de los objetos contractuales suscritos en aquella época, por lo que en su juicio, esta posición del despacho carece de sustento probatorio.

En este mismo sentido, deja sentado que este “manual de funciones y competencias laborales” nunca fue socializado al contratista aquí implicado, razón por la cual no tenía el deber de conocerlo, ni mucho menos cumplirlo e indica que en la declaración del ingeniero LUIS ALBERTO GARCÍA LÓPEZ rendida el 26 de octubre de 2023, también afirmó haber sido contratado por MOVILIDAD FUTURA S.A.S., como apoyo para liderar el área de infraestructura o técnica por contrato de prestación de servicios profesionales en la época, señalando que nunca fue informado, notificado, o algo parecido sobre “Manual de Funciones” de empleo o cargo público que debiera cumplir en su calidad de contratista.

Añade que en el contrato de prestación de servicios por el que fue vinculado el señor **PEDRO FELIPE POTES** a Movilidad Futura, no se estableció que debía ejercer la supervisión al contrato en el que se efectuó la errada liquidación de materiales y mucho menos de verificar o revisar los documentos elaborados por otros contratistas y acude a la máxima “*El contrato es ley para las partes*”, para sustentar este argumento.

Para desatar lo anterior, se hace necesario recordar que el señor PEDRO FELIPE POTES, sí estuvo vinculado a Movilidad Futura mediante contrato de prestación de servicios; ahora bien, en los mismos claramente se detalla que tenía como funciones en el año 2014 las de COORDINACION DEL PROCESO DE GESTIÓN DE

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

INFRAESTRUCTURA y en el 2015 LIDERAR LOS PROCESOS DE INFRAESTRUCTURA.

Contrato de prestación de servicio No. 07-2014³², con vigencia comprendida entre el 03 de enero y el 31 de diciembre del 2014, con el siguiente objeto general:

“El CONTRATISTA se compromete a prestar sus servicios profesionales de Ingeniero Civil Especializado, para apoyo a MOVILIDAD FUTURA S.A.S. en calidad de Ente Gestor del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán, en su componente de gestión Técnica - Infraestructura y en especial para liderar los procesos de infraestructura, brindando su experiencia en el apoyo a la elaboración de pre pliegos, pliegos, seguimiento a las obras, para el diseño, la construcción y en la interventoría de las mismas, de conformidad con el estudio previo de conveniencia y oportunidad y la propuesta del Contratista, los cuales forman parte integral del contrato, los requerimientos normativos de la legislación Colombiana y los requerimientos de orden legal y técnico del CONTRATANTE”

Contrato de prestación de servicios No.08³³ de 2015, del 02 de enero al 31 de diciembre del 2015, con el siguiente objeto general de LIDERAR LOS PROCESOS DE INFRAESTRUCTURA:

“El CONTRATISTA se compromete a prestar sus servicios profesionales como ingeniero Civil para apoyar a Movilidad Futura SAS en la coordinación del Proceso de Gestión de Infraestructura, brindando su experiencia en el apoyo a la elaboración de pre pliegos, pliegos, seguimiento a las obras, para el diseño, la construcción y en la interventoría de las mismas, así como la adquisición de los predios requeridos, de conformidad con el estudio previo de conveniencia y oportunidad y la propuesta del Contratista, los cuales forman parte integral del contrato, los requerimientos normativos de la legislación colombiana y los requerimientos de orden legal y técnico del CONTRATANTE.”

De esta manera, las calidades de Coordinador y líder de Infraestructura que se le han atribuido a este presunto responsable no atienden al capricho del ente de control, sino a las condiciones mismas estipuladas en los contratos de prestación de servicios, cuyos objetos descritos, hacen indiscutible la situación.

Ahora bien, al ser perfectamente claras las áreas y los roles que le dio la entidad al señor **PEDRO FELIPE POTES** en su vinculación y en las que por lógica desarrollaría sus actividades, no puede negarse bajo ninguna circunstancia que le eran exigibles las funciones propias de los mismos, de lo contrario el contrato no se habrían especificado; por lo anterior, si bien el responsabilizado era un prestador de servicios, el mismo

³² Ver en el SECOP proceso con referencia: MF-07-2014, pdf: C_PROCESO_14-12-2321468_219001015_9477093.pdf

³³ C_PROCESO_15-12-3355528_219001015_13265687.pdf

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

contrato indica que no era ajeno a las funciones propias de la entidad, pues pese a que la naturaleza de los contratos es diferente a la vinculación como servidor públicos propiamente dicha, no es menos cierto que el manual de funciones era el marco en que unos y otros debían ejecutar todas las actividades en el giro ordinario de la misión y visión de la entidad a la que se encontraban vinculados.

Ahora bien, es impensable que aun tratándose de un contrato de prestación de servicios con funciones generales, que no es el caso bajo análisis; el contratista no se deba ceñir a las funciones, procedimientos y actividades propias de una entidad, pues no puede ser una rueda suelta que actúe conforme a su parecer y en descoordinación con los objetivos misionales y ajeno a las directrices institucionales, pues ello sería completamente ilógico en el marco de la gestión pública.

En tal sentido, se tiene claro y es indiscutible que el presunto responsable, conforme a los contratos de prestación de servicios que suscribió debía ejecutar sus obligaciones en unas áreas específicas de Movilidad Futura; así mismo, es palmario que al estar vinculado a una entidad pública y un área específica, necesariamente su gestión debía ceñirse a los pasos que se establecieron en dicha gestión a fin de que en la sana lógica, pudiera cumplir de manera correcta las tareas o funciones de las áreas a las que fue asignado mediante contrato de prestación de servicios; en tal sentido, el documento técnico del escenario administrativo de la entidad el que fijaba los derroteros de las áreas a las que se le asignó mediante contrato y los pasos a través de los cuales se debían ejecutar las acciones del contratista, eran el manual de procesos y procedimientos.

Ahora bien, considera la apoderada que se debió oficiar a la entidad para que detallara cuales eran esos documentos técnicos, que bien pudieron ser actos administrativos, descuidando que el Manual de Procedimientos en los que se sustenta el despacho, es precisamente eso, un acto administrativo contenido en la resolución 119 de 2014³⁴, lo que hubiese hecho inútil decretar la prueba en tal sentido, pues la misma ya reposaba en el expediente.

De otro lado y como se indicó en el fallo, tal como se desprende de la descripción de las funciones de las áreas a las que fue asignado el señor **PEDRO FELIPE POTES** mediante contrato de prestación de servicio, no se dice que las mismas debían ejecutarse un funcionario público, solo se esboza de manera clara, que tales derroteros se trazaron para un área de la entidad, es decir, que todo aquel que fuere vinculado a la misma, debía necesariamente ajustarse a lo descrito, de lo contrario, no tendría ningún sentido que en los contratos de prestación de servicios se especificara a que área se

³⁴ Ver PDF: “16_RESOLUCION 119 DE 2014, MANUAL DE FUNCIONES” documento contenido en CD 1/ CARPETA DIGITAUMANUAL DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

asigna el contratista.

De lo anterior se colige, que no existe ninguna contradicción del despacho respecto de la vinculación de este presunto responsable, por lo que los argumentos expuestos en tal sentido no están llamados a prosperar.

Retomando la impugnación presentada por la apoderada del señor Pedro Felipe, en un segundo punto, se indica que las actuaciones de su representado no incidieron de ninguna manera en la consolidación del daño porque no ejerció gestión fiscal y pasa a detallar las labores que se cuestionan de su defendido, como son el haber suscrito los oficios del día 16 de enero de 2015 junto con el ingeniero LUIS ALBERTO GARCÍA LÓPEZ en el que no se hace mención a la valoración de los materiales; del 20 de enero de 2015, suscrito en conjunto con el ingeniero OSCAR CAICEDO en el que si se incluye una nota con el asunto objeto de investigación, acotando que su defendido no realizó la verificación de los valores y su asistencia como invitado a las sesiones del Comité de Conciliación de la Entidad los días 20-02-2015, 11-03-2015 y 14-09-2015, documentos que en el parecer de la impugnante, no tienen la capacidad probatoria para sustentar la responsabilidad endilgada, pues en las mismas se indicó que el tema sería objeto de opinión y debate de manera general y lacónica, analizando de igual manera lo favorable y desfavorable de la liquidación del contrato.

Refiere la apoderada, que en la versión libre de su prohijado se asegura que no hubo omisión alguna porque no se le solicitó, ni de forma verbal ni escrita, que verificara el informe presentado por el ingeniero Oscar Caicedo.

Como primera medida y contrario a lo esbozado por la apoderada, se tiene que tanto en el oficio del 16 como en el del 20 de enero del 2015 el ingeniero FELIPE POTES en calidad de Coordinador de Infraestructura, designado para cuantificar los perjuicios económicos causados por el Consorcio Vías Popayán en virtud del Contrato No. 001-2014, sí informan sobre el asunto objeto de investigación y que deja marcado el inicio de la cadena de erres que se cuestionan³⁵:

“NOTA: Dado que, en la primera semana de diciembre de 2014, el Consorcio Vías Popayán, entregó insumos requeridos para las obras de espacio público por la suma de \$618.743.536 ...”

Por otra parte y de cara a la participación en los comités de conciliación, es de advertir que en las actas que se suscriben se plasman los temas abordados de manera genérica y las conclusiones, no las particularidades de la reunión, pues la misma está diseñada como un documento en el que se registra la trazabilidad de lo acontecido, el contenido general de lo que se ha tratado, destacando los pormenores relevantes y las

³⁵ Ver documento página 59 del PDF: “3_20170915_solicitud procuraduria_ANT 054-2017”

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

decisiones finalmente adoptadas; en tal sentido, la apoderada no puede esperar que en un acta se describa pormenorizadamente y palabra por palabra, todos y cada uno de los detalles, intervenciones, acotaciones, objeciones, explicaciones, réplicas de los intervinientes, etc.; lo que no quiere decir que no sea importante lo que en ella se consignó, más en este caso, en el que al parecer ninguno de los que estuvieron relacionados directamente con el contrato, como lo fueron el señor **PEDRO FELIPE POTES** y el señor Víctor Rosero, intervinieron con su opinión, debate y socialización de lo favorable y desfavorable en la conciliación, siendo los materiales un punto vital en el asunto de cara a la cuantía que estaba en juego y más aún, cuando finalmente se determinó que el SALDO A FAVOR DE MOVILIDAD FUTURA S.A.S. era de quinientos ochenta y cinco millones novecientos treinta y siete mil ochocientos cincuenta y tres pesos con trece centavos (\$585'937.853), es decir, inferior al valor que finalmente se reconoció al contratista por los materiales entregados y sin que tuviera derecho a ello.

Así entonces, es evidente que no estamos al frente de un pequeño error, sino de una situación que era relevante para el patrimonio de la entidad, que todos los que estuvieron relacionados con el contrato y con la determinación de los perjuicios, como el señor Potes, pasaron por alto, pese a que solo se trataba de no más de 8 ítems.

Sigue considerando este despacho, que es evidentemente reprochable que el señor Pedro Felipe Potes en calidad de Líder y Coordinador del área de Infraestructura de Movilidad Futura, no haya verificado la información vertida en el documento que contenía la liquidación errada que remitió a la Gerencia, la cual se aprobó en varias sesiones de Comité de Conciliación a las que asistió en calidad de invitado, pero no cualquiera, sino a uno especializado y concedor del proceso; es indudable con lo anterior, que este funcionario tenía perfectamente claro cuáles eran los intereses en juego y por ello se asegura que tenía pleno conocimiento de los hechos, ítems y actividades que debían ser valoradas; ahora bien, como ingeniero civil tenía el conocimiento y elementos de juicio para evidenciar el error, pero no lo hizo por negligencia, descuidando el erario.

Así las cosas y como ya se advirtió en el fallo, la gestión que demanda la Ley 610 de 2000 para determinar la responsabilidad, en este caso de un particular como el señor PEDRO FELIPE POTES en calidad de contratista, de cara a los recursos públicos, no solo se circunscribe a la administración, manejo, custodia y demás acciones de que trata el artículo 3 de la citada normativa, como lo asegura, pues con ocasión de la gestión fiscal, pueden darse las circunstancias necesarias para generar un año al erario, así lo ha indicado la H. Corte Constitucional en Sentencia C-840 del 2001 y en este criterio en el que se ha sustentado la colegiada para derivarle responsabilidad en los términos del fallo impugnado.

Por último, en la impugnación hace alusión la apoderada, a que en el presente proceso

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

se profirió previamente un fallo en el que se derivó responsabilidad fiscal en donde no se incluyó a su defendido, el cual fue anulado por el superior, pese a ello, el ente de control no había considerado vincularlo; sobre este tópico es innegable que se profirió en este proceso un fallo en el que no se incluyó al señor PEDRO FELIPE POTES, no obstante la nulidad decretada por el superior e independiente de los motivos que la justificaron, el despacho procedió a analizar nuevamente los elementos de la responsabilidad fiscal de cara a los presupuestos de hecho y probatorios, permitiéndole abordar desde nuevas perspectivas el hecho irregular, por ello se procedió a integrar en debida forma el contradictorio a fin de subsanar los vacíos encontrados; en tal orden de ideas, nada impedía a este ente de control, reevaluar las posturas iniciales para poder tomar una decisión ajustada a derecho, lo que no quiere decir, que la vinculación y responsabilización del señor Potes carezca de sustento, por el contrario, la valoración de las pruebas y los hechos, fueron los criterios que permitieron llegar a la conclusión vertida en el fallo que hoy se debate.

Teniendo en cuenta que no se ha logrado desvirtuar por la defensa del señor PEDRO FELIPE POTES, que en calidad de Coordinador del Área Técnica de Infraestructura de Movilidad Futura para la época de los hechos, no ejecutó las acciones especializadas propias de su profesión frente al hecho que se investiga y con estas omisiones permitió, facilitó y coadyuvó en el proceso de aprobación de una liquidación que reconoció de manera injustificada el reconocimiento de unos mayores valores en favor del contratista, por tanto se deberá confirmar la decisión inicialmente tomada en su contra.

- **LA PREVISORA S.A.**³⁶.

En un primer punto denominado “A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL POR LOS PRESUNTOS HECHOS GENERADORES DEL “DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO” - EXTRALIMITACIÓN AL LÍMITE TEMPORAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN FISCAL.”, argumenta que se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado mediante la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista a la entidad contratante en la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero del 2014, entrega que superaba el valor real de los insumos adquiridos y razón por la cual, se da inicio al proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019 -00858. Sin embargo, el auto de apertura No. 451 del referido proceso de responsabilidad fiscal solo fue emitido hasta el 06 de septiembre de 2019; justifica este argumento en apartes de la sentencia C 250 de 2011, relacionada con la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declara por el juez oficiosamente.

³⁶ 20231127 RECURSOS CONTRA EL FALLO PREVISORA PRF 2023ER0226623 858 y RECURSO_FALLO_PRF_2019-00858_-_PREVISORA

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

Anota que en este sentido que los insumos referidos fueron producto de los pagos efectuados por la entidad contratante en el año 2013, de los cuales efectivamente se pagó el costo del material correspondiente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013.

Debe tener en cuenta el apoderado de la aseguradora, tal como se indicó en el fallo que impugna, que en el presente caso el hecho generador de daño que concretiza cuando se aprueba finalmente la liquidación del contrato con el error, no cuando se entregaron los materiales y tampoco cuando se cuantificaron erradamente, pues desde que esto ocurrió hasta el último evento mencionado inicialmente se pudo corregir el error por parte de la entidad, especial por el señor VICTOR ROSERO en principio porque era el representante legal de la entidad, pero además porque era ingeniero civil y en virtud de su perfil profesional contaba con la aptitud suficiente para ello, pero no lo hizo, como se anotó en el análisis de la gestión fiscal destinada para este presunto responsable.

Así entonces, teniendo la liquidación final errada presentada por la entidad afectada, data del 22 de diciembre del 2015, al haberse iniciado el presente proceso el 6 de septiembre de 2019, es evidente que no operó el fenómeno de la caducidad.

Es de advertir que el apoderado presentas dos ítems el B y el C titulados de la siguiente manera: “EN EL PRESENTE ASUNTO NO SE REUNEN LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA QUE CONDUZCA A LA EXISTENCIA DEL HECHO GENERADO DEL DAÑO PATRIMONIAL”, en primero arguye que no obra en el plenario ninguna prueba acerca de algún tipo acción u omisión en cabeza del imputado señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante en su condición de Gerente de Movilidad Futura S.A.S., pues en su criterio el hecho generador del daño es descrito de forma errada, cuando inicialmente se hace alusión a la liquidación que contiene la valoración equivocada de los materiales y luego se toma la liquidación del contrato.

Posteriormente se presenta jurisprudencia relacionada con los elementos de la responsabilidad fiscal, posteriormente transcribe el artículo 114 literal a de la Ley 1474 de 2011, para luego mencionar el proceso de responsabilidad fiscal No. PRF002-2016 que desde el año 2015 se adelantó por parte de la Contraloría Municipal de Popayán; para finalmente insistir en que en el año 2014 fueron entregados los materiales por el contratista y el Auto de apertura No. 451, data del 06 de septiembre de 2019 y como prueba de ello transcribe apartes del fallo y se refiere al informe técnico No. 20191E0062169; para insistir que el despacho hace alusión a dos fechas distintas y finalmente concluye lo siguiente:

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

“En conclusión, deberá tenerse como probada este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto no existe una sola prueba que acredite que el hecho generador corresponda a la liquidación del contrato de Obra No. 02 de 2012 o a que los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, hayan ocurrido en diciembre de 2014. Es decir, no hay prueba alguna que se haya configurado el hecho generador en el presente asunto. Es decir, al no existir prueba del hecho generador expresado por el ente fiscal, no es dable endilgar la responsabilidad aquí deprecada.”

De entrada el despacho deja sentado que el hecho generador daño ha sido claro desde el inicio del proceso, no obstante descuidado el apoderado que estamos a frente de un hecho complejo, por cuanto convergieron muchas situaciones y omisiones, que culminaron con la excusión de un valor en la liquidación de contrato, siendo esta última el extremo que determina la generación de daño; por tanto, este argumento impugnatorio no es compartido por el despacho, precisamente porque el material probatorio que reposa en el expediente y como se analizó en el ítem destinado al daño de la providencia que decide de fondo la investigación, aportan la claridad que aquí se esboza.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad del señor Víctor Rosero, como se ha detallado ampliamente desde el auto de imputación, pasando por el fallo impugnado y ratificado en esta providencia, es evidente que solo a él se le entregó el documento con el error, a nadie más y con base en ese error entregó la información al comité de conciliación, a la Procuraduría y al Juez Administrativo que convalidó el acuerdo; por tanto, no están llamados a prosperar los argumentos esbozados en este ítem.

En el ítem C que recibe el mismo nombre del anterior hace alusión a los elementos de la responsabilidad fiscal; transcribe el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 y trae a colación la sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, del H. Consejo de Estado; al igual que la Sentencia C-340 de 2007 y la Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-0002007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos del Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

Pasando luego a señalar que no está acreditado fehacientemente el menoscabo del patrimonio de Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán “Movilidad Futura”, de acuerdo con los elementos materiales probatorios que reposan en el plenario; pese a lo anterior no hace alusión a ningún elemento de juicios, probatorio o jurídico que desvirtúen todas y cada una de las motivaciones vertidas en el ítem destinado al daño de la providencia impugnada; por lo que el despacho considera que al solo ofrecerse argumentos sin alma, no ha nada que pueda ser considerado, pues contrario a lo que esboza el apoderado es más que evidente que el contrato no se desarrolló dentro de los parámetros legales permitidos, como lo afirma, incluso, si hay

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

pruebas de algo evidente, es que el contratista incumplió, hecho que no solo salta a la vista, sino que es aceptado por todos los investigados; por ello, no es entendible bajo ninguna perspectiva, que el apoderado de la aseguradora considere que las partes cumplieron las responsabilidades que se les asignó.

Volviendo al libelo y de cara a la vinculación del tercero, en el título “A. EL DESPACHO NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTO ASUNTO OPERÓ EL FENÓMENO PRESCRIPTIVO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS” en donde vuelve a manifestar que los hechos se dieron en el año 2014 y el proceso se apertura en el año 2019, lo cual ya está superado en párrafos anteriores.

En este ítem transcribe el artículo 1081 del C. de Co., que señala la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, para luego concluir de la siguiente manera:

“Expuesto lo anterior, vale la pena anotar en este sentido que los insumos referidos fueron producto de los pagos efectuados por la entidad contratante en el año 2013, de los cuales efectivamente se pagó el costo del material correspondiente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013, tal como se logra corroborar a continuación”

Como ya se dejó en claro, es perfectamente claro que los hechos generadores de daño no se dieron con la entrega de materiales, pues estas actividades *per se*, no son cuestionables.

Ahora bien, sobre la prescripción del contrato de seguros es un argumento que fue desarrollado en el fallo, pues idénticos presupuestos se ofrecieron por la defensa de la aseguradora en los descargos frente a la imputación, así entonces, teniendo en cuenta que se transcribe en la impugnación las mismas razones, solo queda transcribir en esta providencia lo más importante de la posición del despacho, que de paso sea advertir no ha sido superada en argumentos, por la impugnante:

“...debe destacarse que esta figura, conforme a lo reglado en el C.de Co., aplica a la entidad beneficiaria pero no al Órgano de Control, pues esta figura es una institución que castiga la inactividad del acreedor, sin que la Contraloría General de la República pueda tenerse como tal, pues esta Entidad es un tercero calificado que por ministerio de la Constitución y la Ley ha sido autorizado para declarar la responsabilidad fiscal mediante un fallo, el cual se constituye en el siniestro que permite hacer efectivo el contrato de seguro que lo cobija como riesgo.

Por su parte, la aseguradora una vez vinculada al Proceso de Responsabilidad Fiscal en

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

calidad de garante, como parte interesada en el procedimiento debe amoldarse a los plazos pronosticados por la Ley para declarar la responsabilidad fiscal, pues este procedimiento es reglado y está sujeto a que se surtan una serie de actividades que garantizan el debido proceso de todos los intervinientes, procedimiento del que no se puede excluir a los garantes por lo prescrito en el C. de Co., pues prima la ley especial esto es la Ley 610 de 2000 sobre la general consagrada en aquel.

Sobre este argumento de defensa el despacho manifiesta que es cierto que el legislador consideró necesaria la vinculación de las aseguradoras a los procesos de Responsabilidad Fiscal y efectivamente tal situación, no hace que la naturaleza de la responsabilidad derivada del contrato de seguro se desnaturalice, lo que ocurre es que las cláusulas contractuales y las normas del C.de.Co le son aplicables a las partes del negocio jurídico vertido en el contrato de seguro, y la Contraloría no es uno de ellos.

Sería caprichoso negar la existencia de los preceptos contenidos en el C.de Co., respecto de los contratos de seguros y los procedimientos y términos prescritos para hacer efectivas las obligaciones que puedan emanar de ellos, no obstante el precitado estatuto es una norma de carácter general y su existencia y regulación no tiene la capacidad de quitar a la Ley 610 de 2000 el objetivo de lograr el interés público del proceso de responsabilidad fiscal, fin que es exactamente el mismo que motiva la suscripción de pólizas de cumplimiento, es decir, el resarcimiento; pero al no regularse el Proceso de responsabilidad Fiscal en el C. de Co., y al no poderse inferir que en el texto de este último haya una intención de inmiscuirse, interferir, quitar o aporta al régimen legal especial existente para la recuperación de las sumas derivadas de los procesos de responsabilidad fiscal, es evidente que en todo lo que tiene que ver con este asunto, deben aplicarse los preceptos de la mencionada Ley.

Así las cosas y de acuerdo con las reglas de Resolución de antinomias, es dable concluir que la Ley 610 de 2000, como norma especial que regula el procedimiento a surtir en el proceso de responsabilidad fiscal no se encuentra superada, rebasada, ni sujeta a las normas generales contenidas en Código del Comercio, ni siquiera en asuntos tan especiales como los relacionados con los contratos de seguros, pues no existe en la mencionada Ley de la República, vacío alguno que obligue a recurrir a la interpretación o aplicación de otras normas generales.

Considera el despacho que una interpretación que reduzca, sujete o acomode los preceptos especiales de la Ley 610 de 2000 a unos generales de cualquier otro cuerpo normativo, gozando aquella de claridad, puede considerarse como una actividad contraria a la Constitución, por cuanto la especificidad de la norma viene dada directamente por los artículos 267 y 268 de la Norma Superior; así entonces, si el Constituyente y el legislador encerraron en un marco especial el Proceso de responsabilidad Fiscal y todos los aspectos que de él se derivan, Vo.Gr., vinculación de los terceros civilmente responsables, ciertamente le ha otorgado un tinte distinto del que se pueden llegar a derivar de otras obligaciones consagradas en las normas generales (C. de Co.).

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

*Respecto de las antinomias, son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que existen, según los cuales “en virtud de la clásica regla hermenéutica, *lex specialis derogat generali* (...) las normas especiales deben aplicarse de preferencia a las normas generales”.*

Resulta innegable entonces que la Ley 610 de 2000 es efectivamente una Ley especial que dota a nuestro ordenamiento jurídico de una regulación diferente en lo que tiene que ver con los terceros civilmente responsables en el proceso de responsabilidad fiscal, pues denota una concreción o singularización en la regulación de los supuestos jurídicos en cuanto a los tiempos en los que se desenvuelve la acción fiscal respecto de ellos, es decir, existe una norma que representa una excepción con respecto a otras de alcance más general en este tópico, como las contenidas en el C. de Co.; la generalidad de este y la especialidad aquella (610 de 2000) ofrecen rangos o graduaciones diferentes en su ámbito de regulación, prevaleciendo como consecuencia lógica la norma especial.

En consideración de lo expuesto, no es aceptable bajo ningún punto de vista el argumento de la defensa de la aseguradora consistente en reclamar la prescripción del contrato de seguro conforme a las normas del C. de Co., y no bajo el régimen del Proceso de responsabilidad Fiscal prescrito en la Ley 610 de 2000, pues contrario a lo que considera, es precisamente esta Ley la norma que establece la inaplicación del régimen prescrito en el C. de Co., por ser una norma especial; e independiente de los pronunciamientos que se hayan invocado con anterioridad por parte de este despacho, el análisis arriba ofrecido, a la luz de las jurisprudencias invocadas y los principios aplicados son un sustento lógico y coherente para asegurar que la defensa planteada no está llamada prosperar.

Ahora bien, como si fuera poco lo anterior, debe tenerse en cuenta que, respecto de la prescripción de las pólizas, el concepto emitido por la Contraloría delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la CGR del 13 de junio de 2002, indica bajo los alcances del artículo 1081 del Código de Comercio, en consonancia con las jurisprudencias mencionadas, lo siguiente:

...

En conclusión, advirtió la delegada:

“...Los términos del artículo 1081 del Código de Comercio no son aplicables a las Contralorías, existe normatividad especial para efectos de caducidad y prescripción para la acción fiscal según lo dispone el artículo 9 de la Ley 610 de 2000...”

De otro lado, se tiene que los motivos de derecho por los cuales se inaplica el artículo 1081 del C. de Co., respecto de la prescripción de las pólizas son las justificaciones ofrecidas por la Corte Constitucional por vía jurisprudencial, en lo pertinente al fundamento y objetivos de la garantía contractual, Sentencia C-648 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño:

“ 10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

estos: (...) 3. La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública (...).

Por lo anterior, la vinculación de las Compañías de Seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa como lo concluyó la sentencia anterior; lo cual no significa que invada órbitas de competencia de otras Autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores o de particulares y mucho menos que se salte o desconozca el orden jurídico con las decisiones que se toman en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Como corolario de lo expuesto, resulta más que evidente que las aseguradoras, bien por lo dispuesto en la Ley 1474 del 2011 o bien por lo reglado en la Ley 610 de 2000, están llamadas a responder, así entonces, independiente de que el legislador haya aclarado el asunto en el estatuto anticorrupción e independiente del criterio de interpretación y aplicación de la Ley en el tiempo, respecto del deber que se pretende imponer a los terceros vinculados al proceso, siempre han estado dados los elementos para llamarlas a responder, por lo que no es posible revocar el fallo impugnado con los argumentos esbozados en los recursos impetrados.

Por último, para que no quede duda que la posición de este despacho se encuentra en el particular a tono con las directrices jurídicas que traza la Oficina Jurídica de este Órgano de Control Fiscal, se procederá a transcribir los apartes más significativos del concepto 80112-EE87065 emitido el 11 noviembre del de 2011, sobre el particular:

“Ahora bien, entendemos que la intención del legislador al expedir el artículo 120 del Estatuto anticorrupción fue zanjar la discusión presentada en torno al término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, luego con la expedición del artículo 120 ya citado, no existe duda sobre el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, pues se hace una remisión expresa al artículo 9° de la Ley 610 de 2000.

...

En el caso que nos ocupa, vemos que se trata de un tema de prescripción y en ese orden, es procedente analizar el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que señala: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una Ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda a voluntad del prescribiente. Eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la Ley nueva hubiere empezado a regir.”

La Corte Constitucional ha señalado en sentencia C- 398 de 2006, que:

“2). Cuando se produce el conflicto de Leyes en el tiempo: Cuando un hecho tiene

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

nacimiento bajo la Ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la Ley antigua, pero la Ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva Ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que éste, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la Ley antigua. Esto es, cuando se trata de simples expectativas, la nueva Ley es de aplicación inmediata.

...

Así las cosas, vemos que el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, siempre ha sido de cinco años, término que generó dudas y que ahora ya no se presentan, toda vez, que el legislador las aclaró.”

Así entonces, bajo ninguna circunstancia pueden prosperar los argumentos invocados por la defensa de la aseguradora, en tal sentido.

Posteriormente se esboza que “EL DESPACHO NO TUVO EN CUENTA LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.”, en donde arguye que se pasó por alto la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, pero además de ello, expresa que en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, justifica esto en que los amparos están supeditados a una serie de condiciones; en criterio del apoderado de la aseguradora, la entidad que representa tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual y vuelve a insistir en que es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante en calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S., hecho este último que se encuentra superado en el fallo y en la presente providencia.

En este punto conviene advertir que el llamado hecho a la aseguradora corresponde a la póliza tomada por Movilidad Futura en virtud de un convenio, cuyo incumplimiento se demostró bajo esta cuerda procesal y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, en estos eventos las aseguradoras están llamadas a responder pues el contrato de seguro tenía como norte proteger los recursos públicos en juego y una vez demostrado el detrimento patrimonial en tales recursos protegidos por la póliza el garante no puede sustraerse a cumplir la obligación contraída; máxime si como en el particular, se demostró la existencia de todos los elementos de la responsabilidad fiscal; por lo dicho, lo esbozado por la defensa de la aseguradora no está llamado a prosperar.

Posteriormente alega la falta de cobertura temporal de las pólizas No. 1000095 y 1000116, en donde nuevamente insiste en que la entrega de los materiales por parte

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

del contratista se hizo en el año 2014 y luego de transcribir por cuarta vez los mismos partes con los que justifica este argumento, para nuevamente concluir:

“Del examen anterior se corrobora indefectiblemente que el hecho generador del presente proceso de responsabilidad fiscal tuvo lugar a inicios del año 2014, con ocasión a la entrega de insumos hecha por el contratista a la entidad contratante, cuyo valor real no fue el allí relacionado sino uno evidentemente inferior. Situación que es sustentada mediante los Autos No.115, 451 780 y 481, y especialmente mediante el informe técnico rendido por el funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169, fundamento con el cual se vincula al proceso de responsabilidad fiscal a mi prohijada”

En este ítem agrega que las coberturas EXTRA CONTRACTUAL POR OCURRENCIA contenidas en las pólizas, contienen una modalidad que excluye los hechos en virtud de la vigencia temporal de los contratos de seguros; lo cual no es de recibo, pues el fallo con responsabilidad fiscal que se ampara solo puede ser proferido por estos hechos, por este ente de control fiscal como se está haciendo y dentro de los términos prescritos por la Ley 610 de 2000, por ello, no es entendible el criterio de ocurrencia extracontractual que presenta el apoderado.

Siguiendo con el libelo, en el título “FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZAS NO. 1000095 y 1000116”, en el que puntualiza el apoderado que el dolo y la culpa grave si riesgos inasegurables; independiente de lo cuestionable del argumento, descuida el apoderado que lo amparado claramente es un detrimento patrimonial que solo puede ser resarcido mediante un fallo con responsabilidad fiscal, el cual, por ministerio de la ley solo puede ser proferido cuando la conducta de los responsables fiscales sea calificada como dolosa o gravemente culposa.

En lo que tiene que ver con la calificación de la conducta, debe recordar el apoderado que el presente proceso de responsabilidad fiscal y en especial el fallo que ampara la póliza, está reglado por la Ley 610 de 2000 y de conformidad con esta norma y a la luz de lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2002, que declaró inexecutable el parágrafo segundo del artículo cuarto, solo es posible derivar responsabilidad fiscal a título de dolo o culpa grave, por lo tanto, cualquier clausula o norma que exija lo contrario se puede enmarcar dentro de aquellas catalogadas como abusivas, pues en el contrato de seguro se genera un compromiso, esto es, amparar un fallo con responsabilidad fiscal siempre y cuando no se derive responsabilidad a título de culpa grave o dolo, resulta un sinsentido jurídico, pues nunca entonces la póliza podría hacerse efectiva.

Con los argumentos de exclusión de responsabilidad por la calificación de la conducta que esboza el apoderado, el contrato de seguro que tiene como único norte la

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

protección de los bienes y recursos públicos, se constituiría en un instrumento jurídico con el que jamás se alcanzaría la realización de los intereses de la entidad contratante, amparada, asegurada y beneficiaria, por cuanto tal cláusula rompe el equilibrio contractual, en especial, en una de sus dimensiones: el equilibrio jurídico del contrato de seguro, desprotegiendo con ello los derechos del asegurado.

Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha señalado que las cláusulas abusivas son:

“(...) todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos, que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o transcendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo", "importante", "manifiesto", "excesivo" o "exagerado", "sustancial y no justificado" en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos", en cuyo caso "[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho" (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular”

Estas cláusulas de acuerdo con el artículo 44 de la ley 1480 de 2011, están viciadas de nulidad o ineficacia, sin que ello afecte la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin la cláusula nula o ineficaz.

De esta forma, siendo imposible decidir un proceso de responsabilidad a título diferente del de culpa grave o dolo, un contrato de seguro no puede pactar exclusión de su responsabilidad de cubrir el riesgo del fallo con responsabilidad fiscal que se expida a tal título, porque el riesgo asegurado es un imposible jurídicamente hablando, por ello, a la luz del artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 tal cláusula, que contiene la condición es ineficaz y se deberá inaplicar.

Por último, tenemos el siguiente argumento “EN EL EVENTO QUE NO SE REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD EL ENTE DE CONTROL DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO”, en el que afirma el apoderado del garante cita que de conformidad con el artículo 1079 del C.de Co., su procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

pactado por las partes; respecto de este punto, el apoderado solicita expresamente:

“En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que las Pólizas que hoy nos ocupas, sí prestas cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado en cada una de ellas, y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada en cada una de las pólizas, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores.”

En este orden de ideas se tiene que la póliza por la que está vinculada al proceso la aseguradora será afectada en los términos del fallo impugnado, por cuanto no están llamados a prosperar los argumentos del apoderado del garante.

Teniendo en cuenta que ningún argumento impugnatorio expuesto por los investigados está llamado a prosperar, se confirmará la decisión en su contra.

En mérito de lo expuesto, la Gerencia Departamental Colegiada de Cauca,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR por extemporáneos los recursos impetrados en contra del fallo No. 010 del 16 de noviembre del 2023, proferido dentro del PRF 2019-00858, por el apoderado del señor VICTOR ROSERO, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000.

SEGUNDO: RECHAZAR por improcedente la nulidad impetrada en contra del auto de imputación 651 del 30 de junio del 2023, proferido dentro del PRF 2019-00858, por el apoderado del señor EDUARDO GIRONZA LOZANO, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en los artículos 38 de la Ley 610 de 2000 y 109 de la Ley 1474 del 2011.

TERCERO: CONFIRMAR en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal No. 010 16 de noviembre del 2023, proferido dentro del PRF 2019-00858, conforme a las motivaciones de esta providencia.

CUARTO: CONCEDER el recurso de apelación interpuesto por los presuntos responsables en contra del fallo con responsabilidad fiscal No. 010 16 de noviembre del 2023, proferido dentro del PRF 2019-00858, para el efecto, una vez notificada esta providencia se remitirá el expediente al superior para lo de su competencia.

**AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO
PRF 2019-00858**

QUINTO: Por medio de la Secretaría Común se deberá notificar la presente providencia por estado a los presuntos responsables vinculados al proceso, conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 1474 del 2011, advirtiéndolo que contra la misma no procede recurso alguno.

Parágrafo. La publicación del estado se realizará en la página web de la Contraloría General de la República. Los implicados o garantes que requieran copia de la decisión la podrán solicitar a través del correo electrónico responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co, con copia dirigida al correo spmellizo@contraloria.gov.co

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE



ANA MILENA VALENCIA GUERRA
Directivo Colegiado - Ponente



GERARDO ALBERTO RAMOS BRAVO
Directivo Colegiado

Proyectó: Sandra Patricia Mellizo Bazante Profesional especializado G.04 (E) 27-12-2023
Revisó: María Fernanda Erazo García- Coordinadora de Gestión G. 02 (E). 27-12-2023

Aprobado en Acta No. 002 del 10 de enero de 2024