

Popayán, 28 de julio de 2023

Doctor
JAVIER TORRES LUNA
Directivo Colegiado - Ponente
Contraloría General de la República
E. S. C.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:	PRF-2019-00858
CUN SIREF.	AC – 80193 – 2019 - 26656
PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES:	JORGE CLODOMIRO PALECHOR PALECHOR GERENTE DE MOVILIDAD FUTURA S. A. S. VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE GERENTE DE MOVILIDAD FUTURA S. A. S. OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ CONTRATISTA DE MOVILIDAD FUTURA S. A. S. PEDRO FELIPE POTES GONZÁLEZ CONTRATISTA DE MOVILIDAD FUTURA S. A. S. GARCÍA RIOS CONSTRUCTORES S. A. CONTRATISTA CONSORCIADO EN UN 50% FABIÁN GARCÍA RIOS CONTRATISTA CONSORCIADO EN UN 25% EDUARDO GIRONZA LOZANO CONTRATISTA CONSORCIADO EN UN 25% LA PREVISORA S. A. PÓLIZA MULTIRIESGO 1000095 Y 1000116
ENTIDAD AFECTADA:	MOVILIDAD FUTURA S. A. S.
ACTUACIÓN:	DESCARGOS

Cordial saludo:

FERNANDO PARRA TOBAR, identificado con cédula de ciudadanía número 10543550 expedida en Popayán, Abogado Titulado, Inscrito y en ejercicio, Portador de la Tarjeta Profesional Número 63228 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio en la ciudad de Popayán en la calle 1 No. 7 –14, Oficina 211, Edificio El Prado, en mi condición de Apoderado Judicial del Ingeniero **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**, identificado con cédula de ciudadanía número 10525694 expedida en Popayán, de la manera más comedida me dirijo a usted, **A EFECTOS DE EJERCER LA DEFENSA Y PRESENTAR LOS DESCARGOS** correspondientes dentro del Expediente Fiscal de la Radicación y de esta manera hacer efectivos los derechos y garantías que como investigado le confiere, a mi poderdante, el Ordenamiento Jurídico Colombiano, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD Y PROPÓSITO DE LOS DESCARGOS

Actuando dentro de la oportunidad prevista por el Artículo 50 de la Ley 610 de 2010, concurro ante su despacho para responder al Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 351 de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023) y presentar los descargos correspondientes al Presunto Responsable Fiscal, ingeniero **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**.

En ejercicio del poder que me ha sido conferido, mi actuación en nombre y representación del Presunto Responsable Fiscal, ingeniero **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE**, se dirige a demostrar que mi procurado actuó dentro de los límites del principio de legalidad, Artículo 6° de la Carta Fundamental, no excedió sus competencias ni fue negligente en el

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

ejercicio de los derechos derivados de las mismas, en lo referente a las presuntas irregularidades que causaron un presunto detrimento patrimonial tasado por la Contraloría General de la República en la suma de Quinientos Setenta y Nueve Millones Setecientos Setenta Mil Setecientos Dieciséis Pesos (\$579.770.716), por concepto de insumos requeridos para las obras de espacio público que al parecer no se recibieron ni cobraron al Consorcio Vías Popayán entre la fecha en que se adelantó la fase de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos y la fecha de liquidación de los contratos de interventoría 01 de 2013 y de Obra Pública No. 01 de 2012.

II. DE LA QUEJA QUE SIRVE DE FUNDAMENTO A LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Manifiesta la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, como base de la misma, en lo pertinente a la defensa que me ocupa, que los hechos, materia de investigación, deprecados anteriormente se inició 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.

III. REPLICA AL CARGO DE IMPUTACIÓN FORMULADO

Comencemos por manifestar que mediante Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal 351 de fecha treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, resolvió imputarle responsabilidad fiscal a mi patrocinado, doctor VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, en su condición de Gerente de Movilidad Futura S. A. S., para la época de los hechos, materia de investigación, con base en las investigaciones que se adelantan por hechos ocurridos en la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., consistente en unas presuntas irregularidades que causaron un presunto detrimento patrimonial tasado por la Contraloría General de la República en la suma de Quinientos Setenta y Nueve Millones Setecientos Setenta Mil Setecientos Dieciséis Pesos (\$579.770.716), por concepto de insumos requeridos para las obras de espacio público que al parecer no se recibieron ni cobraron al Consorcio Vías Popayán entre la fecha en que se adelantó la fase de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos y la fecha de liquidación de los contratos de interventoría 01 de 2013 y de Obra Pública No. 01 de 2012.

Con respecto a la conducta violatoria que se formula en contra de mi procurante, consistente en presuntas irregularidades que causaron un presunto detrimento patrimonial tasado por la Contraloría General de la República en la suma de Quinientos Setenta y Nueve Millones Setecientos Setenta Mil Setecientos Dieciséis Pesos (\$579.770.716), por concepto de insumos requeridos para las obras de espacio público que al parecer no se recibieron ni cobraron al Consorcio Vías Popayán entre la fecha en que se adelantó la fase de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos y la fecha de liquidación de los Contratos de Interventoría 01 de 2013 y de Obra Pública No. 01 de 2012, considero pertinente puntualizar sobre algunos aspectos fundamentales, con el fin de propiciar una sana apreciación de los hechos, los motivos determinantes y las circunstancias que rodearon los mismos.

Conforme lo anterior, es pertinente manifestar que aunque respeto la decisión tomada por la Contraloría General del Cauca, en el sentido de Imputar Responsabilidad Fiscal en contra del Ingeniero VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, disiento, como es obvio de

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

entender, de los fundamentos fácticos expuestos en el proveído en cita, por cuanto los mismos no se atemperan a la realidad fáctica y jurídica para el caso en comento. Por ello y antes de adentrarnos en el fondo del asunto es necesario hacer unas breves precisiones de tipo conceptual sobre el sentido, alcance y contenido del fallo emanado por el A Quo. Veamos:

Así las cosas, debemos manifestar que la conducta del ingeniero VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, en su condición de Gerente de Movilidad Futura S. A. S., para la época de los hechos materia de investigación estuvo revestida de legalidad en su actuar administrativo, por tanto, no hubo voluntad dolosa o gravemente culposa de parte de mi Defendido en la cuantificación de los materiales requeridos para las obras de espacio público que generaron un presunto detrimento patrimonial de \$579.770.616 a la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., y colateralmente un enriquecimiento a favor del Consorcio Vías Popayán, pues el ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, no participó en la proyección ni elaboración del Informe Financiero del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012 que data del 10 de diciembre de 2014, aunque sí lo suscribió, por ser el Representante Legal de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., ya que éste (Balance Financiero) fue realizado con conocimiento de causa, por sí y ante sí, como una obligación contractual del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández para con la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., pero del cual el único beneficiado fue el Consorcio Vías Popayán, que a sabiendas de lo que entregaron, que no superaba los \$40.000.000 se aprovecharon del error en la cuantificación de los insumos para espacio público efectuado por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández (\$ 618.743.536) para lucrarse económicamente en desmedro de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S.

Del mismo modo, es preciso manifestar que mi procurante no intervino, de ningún modo, en la Etapa de Conciliación Extrajudicial la cual fue aprobada en la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos en fecha 5 de noviembre de 2015 y confirmada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca en fecha 8 de marzo de 2016, como tampoco intervino en la suscripción del Acta de Liquidación del Contrato de Interventoría No. 01 de 2013 en fecha 22 de diciembre de 2015 ni en el Acta de Liquidación del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012 en fecha 30 de marzo de 2016 y **el retiro de la Gerencia de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. se produjo el 14 de abril de 2015.**

En el caso sub examine, es claro entonces, que al analizar el plexo probatorio arrimado al sumario de la referencia, no existe prueba legalmente producida en grado de certeza, elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan determinar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, en su calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S. A contrario sensu, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, acucioso responsable, en cada una de las actuaciones realizadas al frente de la Gerencia de la Empresa, tendientes a llevar en debida forma las obligaciones de que trata la Cláusula 23 de la Resolución No. 3 del 1 de Julio de 2014, además de las suscritas en el Contrato de Obra No 01 de 2012, incluyendo así las continuas y eficientes actuaciones tendientes a establecer la adecuada supervisión del contrato de obra y en consecuencia, a adelantar las actuaciones administrativas necesarias a su cargo para sancionar al contratista que incumplió con las obligaciones suscritas dentro del contrato de obra referido. Sustentémoslo de la siguiente manera:

1. El Balance Financiero en cuanto a la cuantificación de los materiales para espacio público de la malla vial de Popayán fue realizada por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, quien no tenía relaciones de subordinación o dependencia con el ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, pues no existe ningún acto de delegación o de autorización para ello, sino que tenía un Supervisor que controlaba, vigilaba y direccionada su actuar y que pertenecía al área técnica de la Sociedad Movilidad Futura

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 - 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELÉFAX: 0928302071
POYAYÁN - DEPARTAMENTO DEL CAUCA - REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 - 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI - DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA - REPÚBLICA DE COLOMBIA

S. A. S., como lo es el ingeniero Pedro Felipe Potes González. Así las cosas, como lo hemos sostenido durante el proceso, el Gerente de la Sociedad, orienta, dirige, gestiona recursos, representa a la entidad, etc., pero el trabajo de campo, verbi gratia, la medición de material, de cuantificación de perjuicios causados por el Consorcio Vías Popayán, es responsabilidad directa, exclusiva y excluyente, del personal como es el caso del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, su Supervisor, Ingeniero **PEDRO FELIPE POTES GONZÁLEZ**, encargado del Apoyo a la Gestión de Infraestructura mediante contrato de prestación de servicios y en sí la parte técnica de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S.

Si bien es cierto el ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante suscribió con el Consorcio Vías Popayán, la aclaración del balance financiero que cuantificó los materiales entregados por el Consorcio y la asistencia a los Comités de Conciliación de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., también lo es que dicha cuantificación de los materiales entregados por el Consorcio Vías Popayán sólo era competencia del área técnica y de quien elaboró y rubricó el Balance Financiero, ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, instrumento éste que es un documento público y por ende se presumía su legalidad, e iteró fue éste el insumo del que se derivaran las consecuencias funestas del presunto detrimento patrimonial, pero en donde no se puede atribuir responsabilidad alguna a mi poderdante cuando él no intervino ni en su proyección ni en elaboración, aunque sí en la suscripción, por ser el Representante Legal de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. Lo anterior, no obsta, para manifestar que los únicos merecedores de reproche fiscal es el Consorcio Vías Popayán, tal como lo demostraremos más adelante.

2. Ahora bien, en fecha 27 de mayo de 2022, el ingeniero OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ se dirige al doctor ALFREDO ALEGRÍA CAÑAR, Profesional Asignado de la Secretaría Común de la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, con el fin de pronunciarse respecto al Informe Técnico IP – 2018-504, en los siguientes términos:

Cuarto: en el periodo en el que se ejecutó el contrato referido en el numeral primero, fui contratista de MOVILIDAD FUTURA SAS, teniendo asignadas una funciones claras y precisas, como lo es el apoyo a la elaboración de presupuestos, para las licitaciones para la obra e interventoría de las obras asignadas, en el marco de mis funciones, en ningún momento tuve relación directa con el contratista en cuestión.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, con ocasión del incumplimiento del contratista CONSORCIO VIAS POPAYAN, el gerente del momento el Ing. VICTOR ROSERO BUSTAMANTE de manera informal me solicita desplazarme a los talleres del Municipio, ubicado en la salida vía al Huila sede tránsito Municipal, lugar dónde se encontraba acopiado el material y realizar el conteo, material a cargo del Contratista y que era susceptible de ser recibido por el Contratante al momento de realizar la liquidación del contrato de obra.

En el desarrollo de esta actividad, presenté el siguiente informe como puede constatarse en el folio que adjunto a la presente comunicación:

Item	nombre	unidad	cantidad	costo unitario	costo total
1	Loseta Tactil	und	904	44.240	39.992.960,00
2	Loseta gris 40x40x20	und	316	38.143	12.053.188,00
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	41.649	158.432.796,00
4	Adoquin A-25	und	10608	37.476	397.545.408,00

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

5	Rampa de acceso vehicular	und	29	54.600	1.583.400,00
6	Bordillo A-10	und	98	40.508	3.969.784,00
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	31.500	630.000,00
8	Separador A- 170	und	36	126.000	4.536.000,00

COSTO TOTAL MATERIAL DE OBRA ENTREGADO \$ 618.743.536,00

Esta información, a pesar de que no era parte de mis funciones, fue elaborado por mí, debo reconocerlo, también fue avalado por el Ing. FELIPE POTES, quien fuera Coordinador del área de infraestructura de MOVILIDAD FUTURA SAS y posteriormente remitido al Ing. VICTOR ROSERO BUSTAMANTE, quien ostentaba el cargo de Gerente, quien finalmente es quién revisa y aprueba.

Mas tarde, años después, al ser citado a Audiencia al observar el expediente que cursaba en la Fiscalía General de la Nación, pude percatarme del error aritmético que existía en los datos que de manera informal presenté, pues había colocado la unidad de medida erróneo, todo lo calculé como unidades, siendo la correcta unidad en metros cuadrados o metros lineales en algunos casos, razón por la cual el precio se excedía de manera sustancial o exagerado.

La relación de materiales y sus costos entregados por el contratista, creo que fue objeto de valoración por parte de la Gerencia y el Asesor Jurídico para la conciliación que menciono en lo precedente”.

Como se puede observar, manifiesta el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández que “el gerente del momento el Ing. VICTOR ROSERO BUSTAMANTE de manera informal me solicita desplazarme a los talleres del Municipio, ubicado en la salida vía al Huila sede tránsito Municipal, lugar dónde se encontraba acopiado el material y realizar el conteo, material a cargo del Contratista y que era susceptible de ser recibido por el Contratante al momento de realizar la liquidación del contrato de obra”, frente a lo cual es perfectamente viable hacer las siguientes observaciones:

- No obra en el plenario de la referencia, ningún acto administrativo de delegación o de autorización para realizar tal actividad por parte del ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, en tanto, que estamos en presencia de unos simples silogismos expuestos por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández para evadir cualquier tipo de responsabilidad, pero que no tiene prueba siquiera sumaria para demostrarlo, contrario sensu, lo que sí es cierto que dicho profesional sí tenía un Supervisor que controlaba, vigilaba y direccionada su actuar y que pertenecía al Área Técnica de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., como lo es el ingeniero Pedro Felipe Potes González. Fuera de lo anterior, es preciso manifestar que lo relativo a realizar la cuantificación de los insumos requeridos para las obras de espacios, esta es una función connatural a él, no requería de designación o delegación alguna para efectuarla, simplemente era el cumplimiento a cabalidad y strictu sensu de su objeto contractual que había suscrito con la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., en tanto, que ese error en la cuantificación de los insumos requeridos para espacio público fue aprovechado por el Consorcio Vías Popayán para beneficiarse, ora lucrarse de un patrimonio que le pertenecía a la Sociedad Movilidad Futura S. A. S.
- Ahora bien, y en esto quiero ser claro y enfático porque la Contraloría General de la República al parecer ha hecho caso omiso de esto, ora ha querido equiparar o paralelizar responsabilidades entre quien (es) cuantificaron los materiales de obra y los que realmente sabían a ciencia y paciencia qué estaban entregando y cuál era su valor real, cuando está plenamente demostrado que los únicos que tenían la certeza de la entrega de los insumos requeridos para las obras de espacio público era el Consorcio

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

Vías Popayán, pues éstos tenían pleno conocimiento de la cuantificación del material que estaban entregando y si a sabiendas de ello se aprovecharon del error (no indujeron en error) en que había incurrido al ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández y sacando ventaja de esa situación, entonces, obtuvieron un provecho económico en el orden de \$579.770.616, los cuales no han resarcido, fuera de que durante todo el decurso de la gestión contractual como de este proceso de responsabilidad fiscal han callado totalmente la verdad de los hechos en que ellos fueron los perpetradores, pues sabían a ciencia cierta que el valor de los insumos o materiales entregados no superaba el valor de Cuarenta Millones de Pesos (\$40.000.000), no obstante, asumieron como cierto que la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. les reconocería por los insumos para espacio público entregados la suma de \$ 618.743.536,00, generando una diferencia de \$579.770.616, que es el presunto detrimento patrimonial por el que están llamados a responder mi Defendido y otras personas.

Y manifiesto que no se pueden equipar responsabilidades entre quienes sabían el valor de los insumos que entregaron en diciembre de 2014 (Consortio Vías Popayán) y servidores públicos o contratistas de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., por la potísima pero sencilla razón de los primeros asumieron y tomaron como propio el recurso de \$579.770.616 frente a los segundos que están inmersos en este proceso fiscal pero que no recibieron ni se aprovecharon de un solo peso del presunto detrimento patrimonial, simplemente actuaron como servidores públicos y/o contratistas de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., salvo que se pruebe que sí obtuvieron provecho alguno (Onus Probandi Incumbe Actore), lo que le corresponderá demostrar a la Contraloría Departamental Colegiado del Cauca de la Contraloría General de la República, que hasta el momento no lo ha hecho. Entonces, me pregunto, ¿el error es de quienes hicieron la cuantificación de los materiales y no de quienes sabían con pleno conocimiento cuanto era lo que estaban entregando?. No ello no es así, simple y llanamente, el Consortio Vías Popayán tenía el pleno convencimiento que estaban entregando materiales para espacio público que no superaban los \$40.000.000 y cuando se hizo la cuantificación que la estableció en \$618.743.536,00, entonces, callaron la verdad para beneficio de sus propios intereses y así la mantuvieron durante todo el tiempo de la Conciliación Extrajudicial ante la jurisdicción especial o de lo contencioso administrativo y aún ahora siguen sosteniendo lo mismo; por ello, es que he sostenido desde un principio que esta apropiación de dineros por parte del Consortio Vías Popayán debió ventilarse ante la Justicia Penal, por los presuntos Delitos de Estafa Agravada en Concurso Homogéneo y Heterogéneo de Abuso de Confianza y otras conductas que me puedan tipificar y estoy seguro que hubiera dado mayor resultado que lo que hasta ahora ha hecho la Contraloría General de la República.

Un aspecto que demuestra lo deprecado es el siguiente fundamento fáctico:

El día 18 de diciembre de 2014, el CONSORCIO VIAS POPAYAN, por intermedio de apoderado judicial, doctor, GERMÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ ORTIZ, solicita conciliación extrajudicial, la cual le corresponde por reparto a la Procuraduría 73 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual es admitida mediante Auto No. 013 del 03-02-2015.

Es importante tener en cuenta que dentro del libelo petitorio en la relación de hechos, se manifiesta:

SÉPTIMO: 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:

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

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 y en Negrilla Fuera de Texto).

Es en virtud de lo esgrimido, es que consideramos que el único llamado a responder por el detrimento patrimonial cuantificado por el Operador Fiscal en la suma de QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$579.770.616) es el Consorcio Vías Popayán, en vista de que a sabiendas de tener conocimiento de lo que efectivamente entregaban por materiales para espacio público, que no superaba los \$40.000.000, se aprovecharon del error craso en que incurrió el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, considerar que eran \$618.743.536, y a partir de este hecho callaron totalmente la verdad frente a la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. en pleno, frente a la Procuraduría General de la Nación, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, etc., que intervinieron en la aprobación de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial formulada por el Consorcio Vías Popayán.

De ahí que no se entienda, el porqué, la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., siendo su deber legal no haya formulado la respectiva denuncia penal en contra de los Representantes del Consorcio Vías Popayán, por la presunta conducta de tipo penal como lo de es de Estafa Agravada en Concurso Homogéneo y Heterogéneo de Abuso de Confianza Calificado y otras conductas que se pudieren derivar.

De otra parte, los únicos que tenían la certeza de la entrega de los insumos requeridos para las obras de espacio público era el Consorcio Vías Popayán, es decir, ellos si tenían pleno conocimiento de la cuantificación del material que estaban entregando y si a sabiendas de ello dejaron incurrir en error al ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández aprovechándose de esa situación, estarían, entonces, incurriendo en una presunta conducta de tipo penal como lo de es de Estafa Agravada en Concurso Homogéneo y Heterogéneo de Abuso de Confianza Calificado y otras conductas que se pudieren obtener. No puede perderse de vista que el Consorcio Vías Popayán guardo absoluto silencio durante todo el proceso de conciliación que culminó en la aprobación del acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca incluso hasta cuando se vino a desentrañar el presunto detrimento patrimonial objeto de esta investigación y aún en el presente pues no han respondido por la pérdida de dicho recurso público.

Respecto a la primera conducta, diríamos la estafa se configura cuando el agente (Consorcio Vías Popayán: i) Obtiene provecho económico ilícito para sí o para un tercero, ii) en perjuicio ajeno, iii) induciendo en error al ofendido mediante artificios o engaños, o simplemente callando la verdad acerca de la cuantificación de los insumos requeridos para las obras de espacio público (Sociedad Movilidad Futura S. A. S.) en fecha 14 de diciembre de 2014.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP-53792019 (52815) de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) ha manifestado que deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima (o mantenerla en el equívoco). En el presente caso, a la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. se la ha mantenido en el equívoco de que realmente entregaron la cantidad de material requerido para las obras de espacio público en fecha diciembre de 2014, durante todo el decurso de la conciliación extrajudicial que culminó con la aprobación por parte del Tribunal Contencioso Administrativo en fecha 8 de marzo

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

de 2016, incluso durante todo el Proceso de Responsabilidad Fiscal que adelanta la Contraloría Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República

2. Error o juicio falso de quien sufre el engaño. En el presente caso se da plenamente este criterio si tenemos en cuenta que se ha mantenido en error a la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. acerca de lo que realmente recibió de material para las obras de espacio público en diciembre de 2014, al considerar que el balance financiero que adelantó el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, es real y no admite duda alguna.
3. Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito. En este punto es preciso decir que la cuantificación del material entregado por el Consorcio Vías Popayán era en unidades de producción y no en metros cuadrados o lineales, de ahí la desproporción de valores entre \$38.972.920, que era lo que realmente entregaron a \$618.743.536 que fue lo que le reconoció la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. por error en la cuantificación de los insumos por parte del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández en fecha 10 de diciembre de 2014, que da una diferencia de \$579.770.616 a favor del Consorcio Vías Popayán y el cual hasta el momento no ha sido resarcido, es decir, estos recursos han sido aprovechados por dicho Consorcio y quien no ha estado presto a cumplir con la devolución de dicha suma.
4. Perjuicio correlativo de otro. Claro que ha habido un perjuicio enorme de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. si tenemos en cuenta que el valor del dinero que se reconoció por error pagar de más en cuantía de \$579.770.616, fuera de no devolverse a su legítimo dueño el mismo no ha tenido ninguna rentabilidad, es decir, el dinero ha perdido valor en el tiempo, se ha depreciado o desvalorizado al no darse el margen de utilidad que preveía con la terminación de las obras del Sistema Estratégico de Transporte Público de Popayán

En otras palabras, el provecho patrimonial obtenido por el agente (y el perjuicio correlativo sufrido por la víctima) debe ser consecuencia del error en que ésta es inducida o mantenida; el error, a su vez, debe ser producto de los artificios o engaños desplegados por el agente. Empero, como se puede observar, en el caso sub Litis hasta el momento lo que se configurado es un enriquecimiento sin causa a favor de uno de los contratantes e in reverso un empobrecimiento colateral para la otra parte de la relación contractual porque no se ha formulado la denuncia penal respectiva y en donde la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. actuaría como víctima del injusto.

Respecto al Presunto Delito de Abuso de Confianza Calificado es preciso manifestar que el Abuso de Confianza Calificado castiga con pena de prisión que varía de 48 a 108 meses, a quien se apropie de bienes muebles sobre los cuales ostente título no traslativo de dominio, abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública, o sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de este. En este caso, el contratista, Consorcio Vías Popayán, que no es un sujeto cualificado se apropió de recursos de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. en cuantía de \$579.770.616, como producto de un error (diría craso error) del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández cuando realizó el Balance Financiero del Contrato de Obra No. 01 de 2012 al cuantificar los insumos o materiales entregados por el contratista para obras del espacio público del Municipio de Popayán por encima o por fuera de los límites normales del valor real que era de \$38. 972.920 y no de \$618.743.536, como efectivamente se reconoció al Consorcio Vías Popayán.

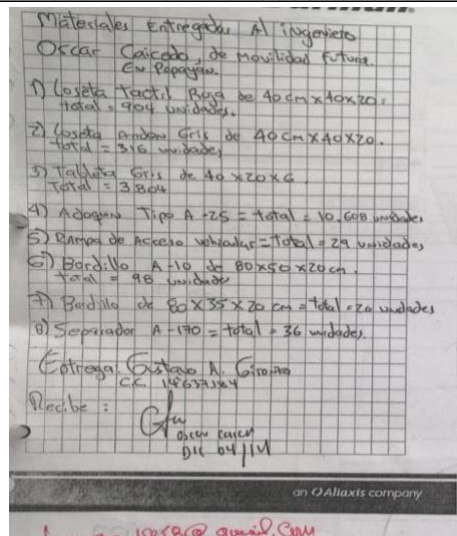
ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

Tal como lo explique precedentemente, ellos (Consortio Vías Popayán) eran los únicos conocedores, a ciencia y paciencia, de lo que realmente estaban entregando y tenían pleno conocimiento de cuánto podía constar lo entregado, pues se mueven en ese mercado, ese es su mundo, es su actividad principal, su rol de negocios, pero se aprovecharon del error supino o craso del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández y callaron totalmente la verdad durante todo el proceso de conciliación y aún en este proceso de responsabilidad fiscal. En este sentido, no fue el silencio del contratista al aceptar una liquidación errónea en su favor la que puede constituir uno o más delitos, pues ellos y nada más que ellos (Consortio Vías Popayán) fueron los que contribuyeron a generar el daño, ora a producir un presunto detrimento patrimonial que asciende \$579.770.616.00, ellos son los que a motu proprio, a su voluntad cognoscitiva, generaron o produjeron el presunto daño al erario municipal. En este sentido, el contratista, Consortio Vías Popayán, que no es un sujeto cualificado, se apropió de recursos de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. en cuantía de \$579.770.616, como producto de un error (diría craso error) del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández cuando realizó el Balance Financiero del Contrato de Obra No. 01 de 2012 al cuantificar los insumos o materiales entregados para obras del espacio público del Municipio de Popayán, por encima o por fuera de los límites normales del valor real que era de \$38.972.920.

De ahí que se manifieste, que es un deber legal de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. adelantar las acciones penales del caso, so pretexto de omisión de denuncia, fuera de que la conducta penal en que presuntamente hayan incurrido es diferente de la conducta fiscal en que están encausados y no puede sostener la Contraloría que quien debió haber formulado la respectiva denuncia es el ingeniero VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, pues él se retiró de la Sociedad Movilidad Futura en fecha 14 de julio de 2015, cuando no se tenía conocimiento del enriquecimiento sin causa, ora aprovechamiento ilícito, del Consortio vías Popayán por efecto de un balance financiero elaborado y rubricado por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández en fecha 10 de diciembre de 2014 que determinó que el valor de los materiales entregados a él por el Consortio ascendía a la suma de \$618.743.536, cuando en realidad sólo era de \$38.972.920, en tanto que, se vino a saber tan solo de ello en fecha 12 de septiembre de 2017 cuando fue que se pusieron en conocimiento presuntas irregularidades al momento de la conciliación celebrada con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012 celebrada entre el Consortio Vías Popayán y Movilidad Futura por parte de la doctora CLAUDIA PATRICIA TEJADA RUIZ, Procuradora 39 Judicial I en Asuntos Administrativos.

3. En fecha 27 de mayo de 2022, el ingeniero EDUARDO GIRONZA LOZANO, se dirige al doctor ALFREDO ALEGRÍA CAÑAR, Profesional Asignado de la Secretaría Común de la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, con el fin de pronunciarse respecto al Informe Técnico IP – 2018-504, en los siguientes términos:
 1. Los materiales citados dentro de éste fueron entregados por parte del contratista en el año 2014 y recibos por el señor Oscar Caicedo representante en su momento de MOVILIDAD FUTURA.

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA



2. Con los materiales entregados la entidad contratante realizó la respectiva liquidación y cuantificación de los valores correspondientes para cada ítem, es decir que MOVILIDAD FUTURA fue la encargada de todo el proceso de evaluación, control y cálculo de estos, informe de peritaje técnico rendido el por el ingeniero Luis Orlando Muñoz.

De lo expuesto en líneas precedentes se puede inferir, entonces, que si el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, recibió los materiales por parte del Contratista para la cuantificación de los mismos, no es cierto, entonces, que el ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante le hubiera solicitado desplazarse a los Talleres del Municipio, ubicado en la salida vía al Huila sede tránsito Municipal, lugar donde se encontraba acopiado el material y realizar el conteo, pues sí así hubiere sido, entre la relación cuantitativa de apenas siete (7) ítem que le entregó el Consorcio Vías Popayán y el conteo físico que debía realizar en el Almacén en donde al parecer estaban dichos elementos, lo más probable es que no se hubiera incurrido en el error craso de cálculo de los materiales entregados que generó una diferencia entre lo efectivamente entregado y el valor real de los mismos en cuantía de \$579.770.616.

En efecto, en el caso sub lite, estableceríamos con plena lógica que el nudo gordiano de la cuantificación de los materiales está en el valor del precio unitario de los elementos entregados por el Consorcio Vías Popayán en fecha cuatro (4) de diciembre de Dos Mil Catorce (2014) al ingeniero Óscar Alberto Caicedo Fernández, esto es, entre el valor de \$618.743.536, producto del balance financiero del contratista de Movilidad Futura y el valor de dichos materiales cuando se iba a legalizar la entrega de los insumos al almacén por parte de Movilidad Futura S. A. S., en donde se determinó que el valor a entregar es de \$38.972.920, para una diferencia (detrimento patrimonial) de \$579.970.616, pero no se profundizó del porqué de la diferencia tan abismal que hay en el valor unitario de los insumos entregados entre los momentos expuestos líneas atrás. Veamos entonces:

Loseta Táctil: Mientras el valor unitario a fecha diciembre de 2014 es de \$7.727, cuando se hace la entrada a Almacén de Movilidad Futura se dice que es de \$44.240.

Loseta Gris de 40x40x20 a diciembre de 2014 es de \$6.308 y entrada a Almacén es \$38.143
Tableta de 40x20x6 a diciembre de 2014 es de \$3.274 y entrada a Almacén es \$41.609.

Adoquín A 25 a diciembre de 2014 es de \$686 y entrada a Almacén es \$37.406.

Rampa de Acceso Vehicular a diciembre de 2014 es de \$51.000 y entrada a Almacén es \$54.600.

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELÉFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

Bordillo A 10 a diciembre de 2014 es de \$36.000 y entrada a Almacén es \$40.508.

Bordillo 80X35X20 a diciembre de 2014 es de \$27.000 y entrada a Almacén es \$31.500.

Separador A 170 a diciembre de 2014 es de \$131.000 y entrada a Almacén es \$126.000.

Por tanto, la multiplicación de unidades solicitadas por el valor unitario de los productos anteriores da la diferencia de \$579.970.616.

Es de anotar que el precio unitario de cada uno de los materiales fue tomado de una cotización entregada por la firma PRECONCAR que tiene su planta de producción de Prefabricados en Neiva – Huila.

Lo anterior me lleva a indicar, como en efecto debía ser, que no había margen de error para la cuantificación de los materiales entregados, pues estaban los fundamentos técnicos para ello, uno, relación de materiales entregados por el Consorcio Vías Popayán en donde se hablaba de unidades no de metros cuadrados o lineales, dos, la cuantificación en físico de los elementos que reposaban en los Talleres del Municipio de Popayán, por tanto, sólo bastaba multiplicar el número de unidades entregadas de cada ítem por el valor del producto, tomando para el efecto los precios del mercado. Esto me lleva a indicar, que no hay que ser un experto en las áreas de las ingenierías o carrera afines, para hacer una simple valoración de materiales, máxime cuando los entregados por el Consorcio Vías Popayán eran muy pocos, sólo siete (7) ítem.

Del mismo modo, no se entiende, el por qué el error en la cuantificación de los materiales entregados por el Consorcio Vías Popayán haya pasado por todos los filtros, Sociedad Movilidad Futura S. A. S., Procuraduría General de la Nación, Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, etc., y no se hubieran percatado de ello si tuvieron acceso a todos los documentos que conformaban el proceso contractual y tan sólo en fecha 12 de septiembre de 2017, que es cuando se pusieron en conocimiento presuntas irregularidades al momento de la conciliación celebrada con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012 entre el Consorcio Vías Popayán y la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. por parte de la doctora CLAUDIA PATRICIA TEJADA RUIZ, Procuradora 39 Judicial II en Asuntos Administrativos es que la Contraloría General de la República vino a ejercer su función de ente de vigilancia y Control. En este punto es preciso anotar, que si en todas las Conciliaciones Extrajudiciales que adelanta la Procuraduría en Asuntos Administrativos cuando una de las partes convoca a una Entidad Pública del Orden Nacional o Territorial, se cita a la Contraloría General de la Nación para que actúe en defensa del interés público, máxime para el caso sub lite dada la envergadura de los recursos que estaban en juego, no obstante, en la gran mayoría de los casos no comparecen, como me imagino sucedió en este asunto; pero además, fuera de que las Contralorías están legitimadas en la causa para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal o sancionatorios, ¿dónde queda el control y vigilancia que deberían haber ejercido sobre la gestión contractual de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S.?, como en el asunto sometido a su consideración, donde simplemente se actuó cuando se pusieron en su conocimiento presuntas irregularidades al momento de la conciliación celebrada con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012 suscrito entre el Consorcio Vías Popayán y la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. por parte de la doctora CLAUDIA PATRICIA TEJADA RUIZ, Procuradora 39 Judicial I en Asuntos Administrativos en fecha 12 de septiembre de 2017, e in fine, hay un aspecto que no se puede pasar por alto y con todo respeto lo digo, es porque la Contraloría Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, ha sido tan permisiva, tan silente, tan contemplativa con el Consorcio Vías Popayán, cuando éstos siendo los únicos responsables del daño al erario que pregona el Operador Fiscal, máxime cuanto el actuar de los Representantes del Consorcio Vías Popayán se constituyen, al parecer, en conductas punibles, verbi gratia, Estafa Agravada en Concurso Homogéneo y Heterogéneo con Abuso

de Confianza Calificada y otras que se puedan determinar, si producto del error en la cuantificación de los materiales entregados para espacio público, entró a su patrimonio la suma de \$579.770.616, los cuales han tenido, o de pronto tienen, y callaron totalmente la verdad durante todo el proceso de la gestión contractual, la conciliación extrajudicial y aún en este proceso de responsabilidad fiscal, es decir, no es un simple silencio del contratista aceptar la liquidación errónea elaborada por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández sino que teniendo a la vista dicha información se aprovecharon en beneficio de sus intereses e hicieron que dichos recursos entraran en su órbita subjetiva, sin asomo de vergüenza alguna, y que sirviera para bajar en forma cuantiosa lo que realmente deberían haber pagado a la Sociedad Movilidad Futura, que no era la suma de QUINIENTOS OCHENTA CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$585.937.854), sino, UN MIL CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS (\$1.175.708.470). Es decir, analizando datos como, Valor del Contrato de Obra Pública No. 01 de 2012, que ascendió a la suma de \$8.340.874.401, del cual se ejecutó lo relativo a \$2.073.054.602, es decir, el 24.86%, cómo iba a ser posible que tuvieran materiales para entregar en cuantía de \$618.743.536, que respecto a lo ejecutado, equivaldría al 29.85%, casi la tercera parte de lo que habían ejecutado, por tanto, desde todo punto de vista no era plausible que tuvieran ese valor en sus manos, sino como finalmente se estableció que la cuantificación de materiales entregados ascendía a la suma de \$38.972.920.

Ahora bien, con respecto a la llamada culpa in eligendo o in vigilando, que depreca la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca para efectos de respaldar la responsabilidad del ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, trayendo para el caso, como fundamento de su tesis, sendas Sentencias del Consejo de Estado, es preciso manifestar que no la comparto, de ninguna manera, en primer lugar, porque se está haciendo una extrapolación de unos supuestos fácticos (Relaciones de dependencia o subordinación, de dirección, vigilancia y control producto de unas actividades públicas), en donde si pueden ser aplicables las teorías de la culpa in eligendo o culpa in vigilando, a unas actividades de carácter contractual donde la única relación que existe es mediante un Contrato de Prestación de Servicios suscrito por el ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández con la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. y donde están claramente establecidas las obligaciones a cumplir, per se, por el contratista, pero debemos ser claros que el contratista, en su carácter de tal, se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no de un delegatario o depositario de sus funciones.

La culpa in eligendo, la define la Real Academia Española como culpa en la elección, de manera literal, y supone la presunción de responsabilidad para el empresario, salvo que pruebe que los actos realizados por terceros en la ejecución de la obra, no son imputables a él, por haber elegido diligentemente a los profesionales encargados de dicha ejecución, es decir, a personas cualificadas, además de no estar unidos por la relación de jerarquía o dependencia.

Por su parte, la culpa in vigilando, la define la Real Academia Española como culpa en la vigilancia, de manera literal, estableciendo la jurisprudencia como notas características de la misma, la dependencia o jerarquía del que ocasionó el daño con respecto al dueño de la obra, que el trabajo se realiza por cuenta ajena y reportándole los resultados económicos, no quedando solo circunscrita a obtener un resultado de una actividad laboral sino también a cumplir una observancia de las normas positivas. Así, se entiende que el responsable presunto, es decir, el empresario o comitente, tenía la obligación de supervisar, o vigilar o cuidar de la persona que ocasionó el daño y que precisamente su negligencia en dichas tareas es la consecuencia de que se haya producido el daño.

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

Al analizar el tema de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-1235 del 29 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, esgrimió:

“Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando, culpa in eligendo*– al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia”.

En virtud de lo expuesto, diríamos entonces que debe mediar los roles de dirección, vigilancia, subordinación o dependencia para que opere, in factum, la llamada teoría de la culpa in vigilando, lo cual no se da en el presente caso si tenemos en cuenta que el ingeniero OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ no era subalterno del ingeniero VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, pues no tenía una vinculación legal o reglamentario que lo envistiera como Servidor Público, mutatis mutandis, este tenía un Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de Apoyo a la Gestión Técnica de Infraestructura de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. y como se sabe este tipo de vínculos no genera salarios ni prestaciones sociales, fuera de que no hay subordinación o dependencia so pretexto de que se incurra en un contrato realidad, tal como lo establece el Artículo 32, Numeral 3º, Inciso 2º de la Ley 1993 y sus Decretos Reglamentarios, que establecen la inexistencia de la relación laboral.

En el asunto sometido a su consideración es claro entonces que la responsabilidad en el presunto detrimento patrimonial que la Contraloría lo cuantifica en \$579.770.616, sólo puede recaer en el Consorcio Vías Popayán, pues fueron ellos quienes entregaron los materiales para espacio público del Municipio de Popayán al ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández, éste elaboró y rubricó el Balance Financiero de lo entregado y cuantificó dichos materiales en la suma de \$618.743.536, cuando en realidad era de \$38.972.920, generando con ello un enriquecimiento ilícito de \$579.770.616 a favor del Consorcio Vías Popayán, quienes se aprovecharon del error craso en la cuantificación de los mismos por parte del ingeniero Oscar Alberto Caicedo Fernández y con ello lograron una ventaja patrimonial a su favor, a sabiendas que ellos tenían pleno conocimiento de que el valor del material entregado no podía superar la suma de \$40.000.000, máxime cuando como se anotó en acápite precedentes ellos estaban incursos en que se les declarara el incumplimiento del contrato, ora imposición de multas, se hablaba de cesión del contrato, etc., entonces, cómo va a ser posible que frente a los innumerables problemas de carácter financiero que tenían, fuera a aparecer de un momento a otro que tenían materiales para el espacio público del Municipio de Popayán que ascendían a la suma de \$618.743.536, pues de ser cierto que tenían esa cantidad, lo más seguro es que no hubieran incurrido en las conductas de incumplimiento de contratos, ora que se adelantara un proceso sancionatorio, ora que pensarán en ceder el contrato, pues tenían la posibilidad de llegar a un arreglo más fácil con la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., o hubiera vendido dicho material a un tercero. Es decir, entonces, el Consorcio Vías Popayán, no puede válidamente sostener en su escrito de descargos frente al Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal: “... puesto que ninguno de sus miembros infirió en los valores dados por parte de MOVILIDAD FUTURA, confiando en que lo consignado fue aprobado y revisado por los distintos entes judiciales, logrando demostrar con ello que si existió un error al momento de liquidar o calcular no es para nada responsabilidad que se le pueda atribuir al consorcio pues la prioridad en ese momento era culminar todos los procesos referente a este contrato con ellos se aceptaron todas las condiciones dadas por parte de movilidad futura y que fueron consagradas en el acta de conciliación que se realizó ante la Procuraduría”, cuando el plexo probatorio demuestra lo contrario, que ellos tenían pleno conocimiento del material entregado, de su

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

cuantificación monetaria y a ciencia y paciencia una vez conocieron del “Proyecto de Balance Financiero que se puso a su disposición como génesis para la liquidación del contrato se hicieron los de la vista gorda y aceptaron sin chistar las cifras que para el efecto le presentó la Sociedad Movilidad Futura S. A. S. en fecha 10 de diciembre de 2014, cuando se reunieron las parte del contrato, Sociedad Movilidad Futura S. A. S. y el Consorcio Vías Popayán, “con el fin de aclarar el balance financiero del contrato, dado que existía en curso un proceso sancionatorio contractual por posible incumplimiento del contrato en mención, actuación que el contratista solicitó suspender para adelantar una conciliación administrativa tendiente a reparar los posibles perjuicios debatidos en el proceso sancionatorio”, según reza en el documento respectivo.

Así las cosas, no puede, La Contraloría Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, con la certeza que exige la Ley 610 de 2000, sancionar a mi defendido, pues existe una ausencia probatoria que no permite a dicho Organismo probar en contra de la presunción de la buena fe. Corresponde al Operador Fiscal, tener en cuenta y valorar debidamente el material probatorio, bajo los principios de la sana crítica, la persuasión racional de la prueba y la investigación integral. En estas condiciones, el Operador Fiscal, no ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia, pues es claro que si valora la prueba siguiendo los principios deprecados anteriormente, de iure et de iure, tendrá que absolver de toda responsabilidad a mi patrocinado.

Así las cosas, diríamos entonces, que en el caso sub lite, no hay ninguna conducta constitutiva de reproche fiscal que se le pueda atribuir al ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, debido a que todo su fundamento jurídico, su razón de ser, su vocación jurídica, se encuentra precisamente en la Carta Fundamental y en la Ley.

Finalmente, diríamos, entonces, que en atención a los principios de Legalidad, de Presunción de Inocencia, de in dubio pro reo, de celeridad, de función de la sanción fiscal, de economía, y eficacia de la actuación fiscal previstos en la Ley 610 del 2000, y dado que no se ha logrado establecer si realmente esta situación de presuntas irregularidades que causaron un presunto detrimento patrimonial tasado por la Contraloría General de la República en la suma de QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$579.770.616), por concepto de insumos requeridos para las obras de espacio público que al parecer no se recibieron ni cobraron al Consorcio Vías Popayán entre la fecha en que se adelantó la fase de la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos y la fecha de liquidación de los contratos de interventoría 01 de 2013 y de Obra Pública No. 01 de 2012, fueron atribuibles al ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, en su condición de Gerente de Movilidad Futura S. A. S. para la época de los hechos materia de investigación, de si se presentaron o no, ya que no se ha logrado probar, se debe dar aplicación, iure et de iure, al principio de favorabilidad, que significa que toda duda razonable se resolverá a favor del investigado, cuando no haya modo de eliminarla, situación que acontece dentro del caso en comento.

De otro lado, considero con la más firme y absoluta convicción que la conducta atribuida a mi defendido, hasta este momento procesal y con base en el material probatorio allegado al expediente, no puede ser considerada como revestida de gravemente culposa o dolosa, y por lo tanto, no puede merecer reproche fiscal alguno, en tanto que, no puede endilgar algún tipo de reproche fiscal; porque está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Por lo expuesto, podríamos afirmar, con absoluta claridad y certeza, que la actuación del ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, se desarrolló en el marco de sus competencias, atendiendo las garantías propias de la Función Pública, dando cabal cumplimiento a sus funciones de conformidad con los principios que señala tanto el Artículo 209 de la Carta Magna como los que señala el Artículo 3º del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razones por las cuales no

PARRA TOBAR & ASOCIADOS
DANILO PARRA TOBAR FERNANDO PARRA TOBAR
Danip623@yahoo.es fernamp23@yahoo.es
3218172984 3113210597

ABOGADOS
ASESORES Y CONSULTORES EN GESTIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
CALLE 1ª No. 7 – 14, OFICINA 211, EDIFICIO EL PRADO
TELÉFONO: 0928332073. TELEFAX: 0928302071
POPAYÁN – DEPARTAMENTO DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA
CALLE 9ª No. 42 – 130, APARTAMENTO 503
SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – REPÚBLICA DE COLOMBIA

le es imputable responsabilidad fiscal alguna, en tanto que no estuvo en condiciones ni posibilidades de violar la Ley 610 de 2000, tal como lo señala la Contraloría Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República. En estas condiciones y por no configurarse falta fiscal alguna imputable a mi prohijado, solicito que se proceda a disponer el archivo definitivo del sumario de la referencia a favor del ingeniero Víctor Alfonso Rosero Bustamante, en su condición de Gerente de la Sociedad Movilidad Futura S. A. S., para la época de los hechos materia de investigación.

Deviene, in fine, en sostener que no existe prueba legalmente producida en grado de certeza, elementos materiales probatorios, evidencias físicas o tan siquiera indicio que comprometa la responsabilidad fiscal de mi poderdante, por el contrario hay sobrados motivos para exculparlo del cargo que se le endilga.

VI. NOTIFICACIONES

- El doctor Víctor Alfonso Rosero Bustamante, puede ser notificado en la Vereda de San Bernardino, pero con dirección de domicilio en Loma Linda Casa 9-22, de la ciudad de Popayán, con teléfono celular No.3155782697.
- El suscrito, puede ser notificado en la calle 1ª No. 7 – 14, Oficina 211, Edificio El Prado. Celular: 3113210597.

Del Señor Directivo Colegiado – Ponente de la Gerencia Departamental Colegiada de Cauca de la Contraloría General de la República.

Atentamente,

FERNANDO PARRA TOBAR
ESPECIALISTA EN GESTIÓN DE ENTIDADES TERRITORIALES, EN GESTIÓN
EMPRESARIAL Y EN DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DEL COMERCIO
ELECTRÓNICO, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, UNIVERSIDAD DEL
CAUCA, UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA – CALI. DIPLOMADO EN ALTA
ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL EN EL INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS
SUPERIORES DE MONTERREY MÉXICO