

RF 696

Popayán, 25.de Julio de 2024

Doctor:

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

Apoderado la Previsora Compañía de seguros S.A

notificaciones@gha.com.co

Ciudad

Referencia: RFV 01-2024

Asunto: Diligencia de Notificación Personal.

Con la presente se procede a realizar la notificación personal del Auto No. 002 de 2024 "por el cual se resuelve un grado de consulta", en los siguientes términos:

1. Fecha del Auto que se notifica	23 de Julio de 2024
2. Autoridad que expide el Auto que se Notifica	Contralor Municipal de Popayán
3. Recursos que proceden contra el auto que se notifica	No procede recurso alguno

Se hace entrega de copia integra del Auto No. 002 de 2024 "por el cual se resuelve un grado de consulta"

La notificación quedará surtida conforme a la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2213 de 2022.

Atentamente,



LEIDY DANYELLY MENESES BOLAÑOS

Jefe de Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría Municipal de Popayán

	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

AUTO No. 002 DE 2024

POR EL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA

Popayán, veintitrés (23) de julio de dos mil veinticuatro (2.024)

Rad. Proceso: RFV 01- 2024

EL CONTRALOR MUNICIPAL DE POPAYÁN, en ejercicio de sus facultades Constitucionales y Legales, especialmente las conferidas por los artículos 268 numeral 5 y 272 modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019 de la Carta Suprema, la Ley 610 de agosto 15 de 2000, artículo 18 y,

CONSIDERANDO:

Que mediante oficio DC-0731 de fecha 05 de noviembre de 2021, la Contralora Municipal de Popayán de la época, remite a la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el Hallazgo Fiscal No. 06 de 2020, resultado del proceso de auditoría realizada a Movilidad Futura S.A.S, para la vigencia 2020, cuya condición expresa:

"Del Contrato No. 118-2020 con objeto "EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON MOVILIDAD FUTURA S.A.S A PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES ESPECIALIZADOS, BRINDANDO APOYO A AL PROCESO DE GESTIÓN FINANCIERA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS - SETP- DE POPAYÁN, DE ACUERDO A LOS ESTUDIOS PREVIOS ELABORADOS POR LA ENTIDAD". El valor inicial para la contratación es de \$17.500.000 con una forma de pago de cinco actas parciales de \$3.500.000, cada una como honorarios mensuales, evidenciándose incumplimiento por pago superior a lo contemplado en la resolución de la sociedad N°003 de 2020, para los contratistas de prestación de servicios como profesional, dado que el valor estipulado es de \$3.000.000, sin justificación o soporte para el aumento del valor mensual a pagar. Se realizó Otro si No. 1 con el fin de adicionar al presupuesto un valor de \$1.500.000 y de esta forma modificar el pago, a pagos parciales de \$4.000.000 cada una, información contenida únicamente en el informe de supervisión del mes de agosto, ya que en la documentación aportada por la entidad no se encuentra CDP, justificación de la adición, ni Registro presupuestal, igualmente en el acta de cierre este valor no es tenido en cuenta. Se realiza Otro si 1 mediante el cual se adiciona valor de \$8.000.000 y plazo hasta el 31 de diciembre de 2020 sin justificación. Así las cosas, se evidencia una adición de más del 50% del valor inicial, teniendo que, se realizó una adición de \$9.500.000 y el 50% del presupuesto inicial es \$8.750.000, encontrando una transgresión a lo consagrado en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 donde establece

 Contraloría Municipal de Popayán	CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN NIT. 817.005.038 – 6 DESPACHO DEL CONTRALOR	Código 1.0	Versión 001
--	---	-----------------------------	------------------------------

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

que las entidades estatales no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial. Considerándose que se pagó un mayor valor por cada mes de \$1.000. 000.00, por siete meses para un presunto daño patrimonial de \$7.000.000.00".

Que la oficina de Responsabilidad Fiscal mediante Auto No. 41 de fecha doce (12) de agosto de 2022, ordenó la Apertura de indagación preliminar, y en concordancia a lo anterior mediante Auto No. 006 del 17 de febrero de 2023, se ordena el cierre de la indagación preliminar y en consecuencia se ordena la apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal, en cuantía de **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$750.000)**, equivalentes únicamente al valor de la adición mayor al 50% del contrato inicial.

Que la oficina de Responsabilidad Fiscal mediante Auto No. 04 de fecha veintisiete (27) de febrero de 2024, ordenó la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal No. de Radicado RFV 01 de 2024, determinándose el valor de **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$750.000)** como presunto detrimento patrimonial a **MOVILIDAD FUTURA S.A.S.**, y vinculando como presunto responsable al señor; **ROBERTH DUVALL HORMIGA TIMANA**, identificado con cédula de ciudadanía No.10.304.011, quien fungía como Gerente de la entidad y Supervisor del Contrato Nro. 118 de 2020, para la época de los hechos.

Que dentro del trámite del proceso y en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 267 de la Constitución Política y en concordancia con la Ley 610 de 2000, la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, a través de la Dra. **LEIDY DANYELLY MENESES BOLAÑOS**, profirió Auto No. 16 del 25 de junio de 2024 por medio del cual se archiva el Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal No. RFV 01 de 2024.

Que mediante oficio No. 0292 del 27 de junio de 2024, la funcionaria en mención remite a este Despacho el expediente No. RFV 01 de 2024, de conformidad con lo ordenado por el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, para surtir el correspondiente grado de consulta.

COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 268 numeral 5 y 272 de la Constitución Política de Colombia, artículo 18 de la Ley 610 de 2000, este despacho es competente para conocer del asunto,

POSICIONES PARA RESOLVER

Para resolver el presente grado de consulta, se tiene como fundamento la defensa del interés público, la defensa del ordenamiento jurídico y la defensa de los derechos y garantías fundamentales, en los términos establecidos en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

De acuerdo con lo legalmente determinado el funcionario conocedor del grado de consulta, examinará la decisión contenida en el Auto de Archivo de fecha 25 de junio de 2024, en sus aspectos de hecho y de derecho, defendiendo el interés público y respetando el debido proceso, las garantías del implicado y la sana crítica, según sea el caso.

El objeto de la consulta, es lograr la aplicación de la Justicia como fin esencial del Estado, teniendo en cuenta para ello, lo señalado en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, que establece los tres (3) elementos para que se configure la Responsabilidad fiscal, los cuales deben estar integrados así:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a quien realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Por lo tanto, de no llegar a encontrar integrados estos 3 elementos se estará frente a una situación excluyente de responsabilidad.

1.1. DECISIÓN QUE DIO LUGAR AL GRADO DE CONSULTA

Como se indicó en los párrafos que preceden la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió ordenar el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal RFV 01 de 2024 mediante el Auto No. 16 del 25 de junio de 2024, a favor de todos los vinculados a la actuación administrativa y la desvinculación de las compañías aseguradoras al considerar que por los hechos investigados se había determinado la inexistencia del daño.

En el auto consultado el operador jurídico de instancia fundamentó su decisión en las pruebas allegadas y ordenadas en desarrollo del proceso entre ellas los informes de ejecución del Contrato de Prestación de Servicios No. 118 de 2020 y los pagos realizados al contratista de acuerdo al objeto contractual.

En las consideraciones a tener en cuenta por el Ad-quo, se resalta lo siguiente:

"...Se encuentra claramente configurada la causal descrita en el inciso anterior, para proferir auto de archivo dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal No. RFV-01-2024, puesto que dentro del averiguatorio logró demostrarse que Movilidad Futura S.A.S, pagó los servicios prestados de las actividades ejecutadas dentro del contrato 118 del 2020, así mismo en el expediente del contrato se encuentran los informes presentados por la contratista, en la que se prueba que las actividades que fueron adicionadas en el otrosí Nro. 1 fueron cumplidas a cabalidad, y si bien la entidad Movilidad Futura S.A.S incumplió lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 40 de la ley 80 de 1993, esta no puede considerarse como una causal de

 Contraloría Municipal de Popayán	CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN NIT. 817.005.038 – 6 DESPACHO DEL CONTRALOR	Código 1.0	Versión 001
--	---	----------------------	-----------------------

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

daño al patrimonio del estado, si no una conducta omisiva que estaría catalogada como un incumplimiento de los deberes de los servidores públicos(...)".

Por ello, la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva al comprobar la existencia de soportes de la ejecución contractual dando aplicación al artículo 47 de la Ley 610 de 2000 ordenó el archivo del proceso a favor de todos los implicados al considerar la inexistencia del daño fiscal sobre los hechos investigados.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La competencia de este Despacho está dada conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, al tratarse de un archivo del proceso en favor de todos los sujetos procesales, al no encontrarse acreditado la ocurrencia del daño fiscal, dispone:

"GRADO DE CONSULTA. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte **auto de archivo**, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. (Negrilla fuera de texto.)

La Corte Constitucional en Sentencia C-424 de 2015 señaló respecto de las características del Grado de Consulta:

"(i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles. [...] la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.

En tal sentido en Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997, sostuvo lo siguiente:

"La consulta es un instrumento que permite al superior revisar la decisión dictada por el inferior con el fin de examinar si se ajusta o no a la realidad procesal y acorde con la constitución y la ley. [...] La competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida. La Consulta opera por ministerio de ley y por consiguiente la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta ella."

	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

"Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. (...) la autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. En otras palabras, el propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia, conforme al artículo 2o. de la Carta, es fin esencial del Estado."

Por su parte el Consejo de Estado en Sentencia del 22 de octubre de 2015, No. de radicado 63001-23-31-000-2008-00156-01, señaló lo siguiente:

"El grado de consulta, es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que "mediante el grado de consulta se otorga competencia al superior del funcionario para revisar oficiosamente los actos administrativos por los cuales se ha resuelto definitivamente la actuación administrativa o han hecho imposible continuar su trámite. **El objeto de la consulta, precisamente, es lograr que tales decisiones definitivas sean revisadas, en el evento en que contra ellas no se interponga recurso de apelación, como ocurre con el grado jurisdiccional regulado por el artículo 184 del C.C.A. En consecuencia, la decisión que resuelve la consulta, si bien requiere de notificación para que ésta produzca efectos, no es susceptible de recursos, porque la decisión definitiva ya ha sido tomada dentro de la actuación**

administrativa y la cual es justamente materia del grado de consulta.
(Negrilla fuera del texto)

Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión. Se debe tener en cuenta que la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la Ley para cumplir una función administrativa, esto es, "la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto", lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad."

Ahora bien, en relación con la conducta, según Sentencia C-629 de 2002, de la Corte Constitucional, el grado de imputación en materia de responsabilidad fiscal sólo podrá configurarse a título de culpa grave o dolo. De conformidad con la doctrina se actúa con culpa cuando existe un comportamiento voluntario en una actuación cuyo resultado es antijurídico.

"El hecho culposo puede generarse en la negligencia, la cual implica una falla en la atención que debe prestar el agente en sus actuaciones. El negligente deja de realizar una conducta a la cual estaba obligado, y no emplea la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso, en consecuencia, es un descuido de su conducta".

En consecuencia, quien conoce en grado de consulta, debe analizar si lo actuado en el proceso de responsabilidad fiscal, se encuentra dentro de los postulados constitucionales y legales, atendiendo la finalidad por la que se instituyó el grado de consulta en la Ley 610 de 2000 o, si en su defecto, hay lugar a revocar la decisión objeto de análisis.

Teniendo claro lo anteriormente citado, procede el Despacho a verificar si la providencia consultada y las actuaciones que conforman el proceso de responsabilidad fiscal que la originaron, se encuentran dentro de los postulados constitucionales y legales, atendiendo la finalidad por la que se instituyó el Grado de Consulta en la Ley 610 de 2000 y las normas que le complementan y/o modifican o si, en su defecto, hay lugar a revocar la decisión objeto de análisis, esto es, la decisión de archivar la actuación administrativa a favor de todos los vinculados contenido en el Auto No. 16 del 25 de junio de 2024 emanada de la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán.

A la luz de las reglas de la sana crítica, observando los lineamientos que establece la Ley 610 de 2000, de la valoración conjunta de las pruebas: documentales, descargos, exposiciones libres y espontáneas, que obran en el expediente, se tiene que la investigación fiscal, está sustentada por el

	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

pago de valores mensuales superiores al valor establecido en la tabla de honorarios de la Entidad, sin justificación soportada en los estudios previos. Además, menciona el hallazgo, que se evidencia una adición de más del 50% del valor inicial, sin embargo, para efectos del hallazgo fiscal el presunto detrimento se estableció únicamente por el pago de honorarios por fuera de los límites establecidos en la resolución de la entidad.

Empero, se profirió Auto de Apertura e imputación de Responsabilidad Fiscal No. 04 del 27 de febrero de 2024, en el proceso de responsabilidad fiscal verbal No. RFV 01 de 2024, determinándose el valor de **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$750.000)** como presunto detrimento patrimonial a **MOVILIDAD FUTURA S.A.S.**, y vinculando como presunto responsable al señor **ROBERTH DUVAL HORMIGA TIMANÁ**, identificado con cédula de ciudadanía No.10.304.011, quien fungía como Gerente de la entidad y Supervisor del Contrato Nro. 118 de 2020, para la época de los hechos, correspondiente al valor superior al 50% del valor inicial del contrato, dado que desde la indagación preliminar se constató que el pago de honorarios estuvo acorde a la mencionada tabla de honorarios.

Finalmente, la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, a través de la Dra. **LEIDY DANYELLY MENESES BOLAÑOS**, profirió Auto No. 16 por el cual se archiva el Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal No. RFV 01 de 2024.

Consideró la primera instancia que el presupuesto probatorio en el que se sustentaba la causa petendi de la investigación fiscal desde la indagación preliminar, se había desdibujado por completo a partir de las pruebas arimadas al expediente y valoradas en la providencia pudo verificar que el pago que constaba en los comprobantes de egresos contaban con los soportes que acreditaban la ejecución contractual a satisfacción que soportó el pago al contratista, en un inicio y más adelante dentro del proceso fiscal se verifico que el valor del adicional superior al 50% de igual forma se ejecutó por parte del contratista por lo cual no podría atribuirse una responsabilidad fiscal habida cuenta que si podría existir responsabilidad disciplinaria o de otro índole que fue en su momento debidamente trasladado a los entes competentes.

De conformidad con lo establecido en la Ley 610 de 2000, el proceso de Responsabilidad Fiscal tiene por objeto, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.¹

¹ Ley 610 de 2000 – Artículo 4.

Atendiendo los presupuestos de la gestión fiscal considerada como una actividad de estricto carácter administrativo, la cual está sometida al derecho del debido proceso, con los matices que le son propios al ejercicio de esa función, que persigue el aseguramiento de los intereses generales de la comunidad a través de un buen manejo de los recursos públicos y en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como principios orientadores de la acción fiscal previstos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política de Colombia y demás normas concordantes, entre ellas los preceptos señalados en el título II de la Ley 610 de 2000, con el propósito de realizar un análisis veraz y objetivo de los hechos que se investigan de manera que permitan decantar la verdad procesal de los mismos, este Despacho, se dispone a analizar los tres elementos constitutivos de la Responsabilidad Fiscal, estipulados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, de la siguiente manera:

- Un daño patrimonial al Estado.
- Una conducta dolosa o culposa atribuible a quien realiza gestión fiscal.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

En relación al primer elemento, la sentencia C-840 del 2001, de la corte constitucional proferida por DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO y otros señala:

"...El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. En materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva....."

Con base en lo anterior, podemos concluir que en la imputación del daño es necesario introducir, además de la causalidad, el dolo y la imprudencia, tres elementos normativos adicionales, a saber: i) Que el servidor público tenga dentro de su ámbito de competencia institucional, la obligación de desplegar deberes de seguridad o de salvamento, para evitar daños como consecuencia de la actividad que desarrolla o de los bienes que debe custodiar. ii) Que el daño se produzca en virtud de un riesgo jurídicamente desaprobado. Es decir, el producido, por ejemplo, como ocasión de la violación de normas de conducta que prohíben poner en peligro abstracto los bienes jurídicos y que se plasman frecuentemente en los reglamentos del tráfico automotor, o en los reglamentos de seguridad de las empresas, etc. y iii) Que el riesgo creado por el servidor público sea el mismo que se concreta en el daño y no otro distinto, proveniente de hechos de la naturaleza, o de la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero."

 Contraloría Municipal de Popayán	CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio."

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en Concepto No. 0070 A de 15 de enero de 2001 sobre el daño, señaló: *"De los tres elementos anteriores, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal, si no hay daño no puede existir responsabilidad. Con esta lógica, el artículo 40 de la ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal (...)"*

Referente a la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal que exige el art. 5 de la Ley 610 de 2000, para determinar la existencia de la responsabilidad fiscal, se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que, autorizado legalmente, despliegue gestión fiscal, en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere un daño al patrimonio del Estado.

Tanto el artículo 3º como el 48 de la Ley 610 de 2000, ordenan que la imputación con responsabilidad fiscal debe evaluar si quien está llamado a hacerlos cumplir mediante la administración o custodia de los recursos públicos, en realidad actuó bajo el amparo de estos y obtuvo los resultados más favorables, evitando la configuración de un detrimento de ahí que la valoración relativa a la ocurrencia de un daño patrimonial imputable a la gestión irregular desplegada por quien ostente la calidad de gestor fiscal o por quien con ocasión de la gestión fiscal produzca o contribuya a la generación de un daño en un momento determinado, debe realizarse con observancia de todos los principios que rigen el actuar fiscal.

En efecto, el artículo 118 de la ley en referencia, determina:

"Artículo 118. Determinación De La Culpabilidad En Los Procesos De Responsabilidad Fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o

sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

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

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;*
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;*
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”²*

Finalmente, el nexo de causalidad entre la conducta y el daño el cual implica una relación determinante y condicionante de causa – efecto de manera que el daño sea el resultado de una conducta activa u omisiva.

Sea lo primero indicar que cumplidos los trámites propios del proceso sin que se observe irregularidad sustancial alguna que invalide la presente actuación, este Despacho abordará el estudio del caso concreto, en relación con la decisión de archivo en favor de los presuntos responsables vinculados a esta causa fiscal.

Así como se indicó anteriormente el proceso que nos ocupa está relacionado con presuntas irregularidades detectadas por el equipo auditor en los valores pagados dentro del contrato de prestación de servicios 118 de 2020 celebrado entre Movilidad futura S.A.S y la señora Ximena Amparo Erazo Gómez que tenía por objeto: “EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON MOVILIDAD FUTURA S.A.S A PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES ESPECIALIZADOS, BRINDANDO APOYO A AL PROCESO DE

² Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-512 de 2013.

	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RVF 01 – 2024

GESTIÓN FINANCIERA DEL SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS - SETP- DE POPAYÁN, DE ACUERDO A LOS ESTUDIOS PREVIOS ELABORADOS POR LA ENTIDAD"

Por ello es importante para este despacho determinar el núcleo del hallazgo fiscal dado que el mismo tiene doble connotación esto es, presunta responsabilidad fiscal y presunta responsabilidad disciplinaria, que en su momento fue remitido al ente competente, ahora bien, el mismo también está dividido en dos partes así:

Primera parte: "El valor inicial para la contratación es de \$17.500.000 con una forma de pago de cinco actas parciales de \$3.500.000, cada una como honorarios mensuales, evidenciándose incumplimiento por pago superior a lo contemplado en la resolución de la sociedad N°003 de 2020, para los contratistas de prestación de servicios como profesional, dado que el valor estipulado es de \$3.000.000, sin justificación o soporte para el aumento del valor mensual a pagar. Se realizó Otro si No. 1 con el fin de adicionar al presupuesto un valor de \$1.500.000 y de esta forma modificar el pago, a pagos parciales de \$4.000.000 cada una, información contenida únicamente en el informe de supervisión del mes de agosto, ya que en la documentación aportada por la entidad no se encuentra CDP, justificación de la adición, ni Registro presupuestal, igualmente en el acta de cierre este valor no es tenido en cuenta. Se realiza Otro si 1 mediante el cual se adiciona valor de \$8.000.000 y plazo hasta el 31 de diciembre de 2020 sin justificación. (...) (...) Considerándose que se pagó un mayor valor por cada mes de \$1.000.000.00, por siete meses para un presunto daño patrimonial de \$7.000.000.00"

Segunda parte: "(...) se evidencia una adición de más del 50% del valor inicial, teniendo que, se realizó una adición de \$9.500.000 y el 50% del presupuesto inicial es \$8.750.000, encontrando una transgresión a lo consagrado en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 donde establece que las entidades estatales no pueden adicionarse en más del 50% de su valor inicial."

Precisado el hecho irregular entra el Despacho al estudio de las piezas procesales y de la documental probatoria allegada a la actuación administrativa evidenciando que el señor Roberth Hormiga allegó documentos relacionados, esto es la Resolución No. 019 de 2020 que establecía la tabla de honorarios para la época de los hechos y no como se indico por el equipo auditor la 003 de 2020, además de los documentos precontractuales y contractuales del contrato en estudio.

De lo anterior este despacho encuentra que el presunto hallazgo fiscal se deriva de la primera parte, esto es el pago al contratista, superior a la resolución que establece la tabla de honorarios de la entidad Movilidad Futura, sin embargo, como bien lo hizo la Oficina de Responsabilidad

Fiscal y Jurisdicción Coactiva en indagación preliminar determino que dichos pagos se encontraron ajustados a la normativa interna del sujeto de control auditado, inicialmente atendiendo el valor inicial de las actas mensuales por valor de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 3.500.000), tal como lo determinaba el artículo segundo de la Resolución 019 de 2020 aplicable para la época de los hechos, referente al pago de honorarios de profesionales especializados, como es el caso, y como consta en el material probatorio mediante el aporte del título de especialista en finanzas y magister en administración financiera de la universidad EAFIT, pero además dicha resolución también otorgaba la posibilidad de realizar pagos por encima de los establecidos en dicha tabla siempre que se cumplieran unos supuestos, así quedo establecido en el artículo tercero que a su letra reza: *"En el caso donde se asignen responsabilidades adicionales y diferentes a las asignadas normalmente, los contratistas podrán percibir honorarios superiores a los estipulados en la presente resolución, lo cual deberá estar justificado en el correspondiente estudio previo; lo anterior aplicara tanto para especialistas, como profesionales, tecnólogos, técnicos y asistenciales; siempre y cuando el valor de los honorarios sea inferior a los honorarios del nivel profesional inmediatamente superior"*.

A su vez, el Otrosí Nro. 1. en el cual se solicita adicionar 3 actividades a la contratista y que por el incremento de las mismas se justifica adicionar al contrato la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000) los cuales serían pagados en tres cuotas de quinientos mil pesos (\$500.000) mensuales, que sumadas a los honorarios pactados inicialmente darían un pago mensual de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.00.000), justifican el pago superior a lo consagrado en la Resolución 019 de 2020, desvirtuando así el hallazgo presentado en el cual no solo se tomó como referencia una resolución que no estaba vigente, sino que además se catalogo a la contratista como profesional y no como especialista, atendiendo tanto sus soportes de estudio como el objeto contractual a ejecutar.

Así, además en la decisión que ahora se estudia en grado de consulta, el operador fiscal, da por sentado que los soportes citados en precedencia son suficientes para demostrar que, con lo relacionado en sus informes, el contratista ejecutó a cabalidad el contrato y que los pagos realizados en razón a ello y sin asomo de duda estuvieron debidamente soportados, teniendo presente además por esta instancia consultada que en los contratos estatales y privados se habla de la obligación de cumplimiento a partir del principio general del Derecho del *"Pacta Sunt Servanda"* que constituye una regla jurídica que indica que las partes deben atenerse a los términos de aquello acordado, entre ellos el valor de los honorarios, en el cual el pago de los contratos debe aludir a la idea de exactitud y para ello se hace imperioso el análisis de la relación entre lo debido con lo prestado, luego contrario sensu, el pago debe ser idéntico e íntegro a lo acordado, por ello al aumentar su carga contractual debió en consonancia aumentar sus honorarios percibidos.

 Contraloría Municipal de Popayán	CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6	Código 1.0	Versión 001
	DESPACHO DEL CONTRALOR		

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

Así las cosas, tanto del contenido en el auto de archivo y planteado por la primera instancia como de los medios de pruebas recaudados en desarrollo de la instrucción del proceso de responsabilidad fiscal permiten al operador jurídico llegar a la íntima convicción que, contrario sensu a lo planteado en el hallazgo inicial, el presunto detrimento determinado en SIETE MILLONES DE PESOS (\$7.000.000), por la diferencia mensual en las siete actas del contrato de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000), no tiene razón de ser y por ende no existe un daño patrimonial exigible de resarcimiento por este despacho, más aún cuando logro probarse con los soportes del haber probatorio que la contratista realizo en su totalidad las actividades suscritas en el contrato inicial y en el posterior Otrosí, elemento de convicción tenido en cuenta por esta instancia que demuestran con certeza que no se ha causado un daño patrimonial al erario.

Ahora bien, el hecho reprochable, refiere que además se realizaron dos otrosíes de adición de recursos por encima de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente: *"Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales"*. Lo anterior teniendo en cuenta los valores planteados dentro del contrato, así:

CONTRATO 118 DE 2020		
Contrato Inicial	\$ 17.500.000	1 de junio de 2020
Otro si 1	\$ 1.500.000	5 de agosto de 2020
Otro si 2	\$ 8.000.000	30 de octubre de 2020
Valor Total Contrato	\$ 27.000.000	
Valor Máximo de adicional	\$8.750.000	
Valor adicionado	\$9.500.000	
Valor excedido	\$750.000	

Sin embargo, como se ha expresado en la literatura de esta consulta, dicho valor no quedo establecido desde un principio como un presunto detrimento fiscal, dándole un alcance presuntamente disciplinario, no obstante, dado que la oficina de responsabilidad fiscal emitió auto de apertura por valor de **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE** por realizar adición superior al 50% del valor inicial del contrato, este despacho se pronunciará al respecto, por lo cual en primer lugar, se corrobora que efectivamente existió una adición al contrato de prestación de servicios que superaba los límites legales, generándose con ello una transgresión al estatuto de contratación, en concordancia, la adición del contrato debe entenderse como un agregado a las cláusulas del mismo e igualmente considerarse como un instrumento apropiado para resolver las situaciones que se presenten cuando en la ejecución de un contrato se establece la necesidad de incluir elementos no previstos expresamente desde los estudios previos y por ende excluidos del contrato celebrado, pero que están ligados a éste y resultan indispensables para cumplir la finalidad que con el se pretende satisfacer, casos en los que

puede acudir a una adición del contrato inicial con las limitaciones previstas en la ley, entre otras, que no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial.

Conforme a ello puede adicionarse el plazo o el valor, en cuyo caso únicamente se limita en valor adicional el contrato en mas del 50% de su valor inicial, cuya finalidad es evitar la elusión de procesos de selección de contratistas, la vulneración de las disposiciones normativas que aseguran la transparencia en la contratación estatal y la correspondiente planeación del contrato.

Y en efecto para el caso concreto, sobrevino una mayor onerosidad para el contratista, sin embargo, si bien el exceso del porcentaje permitido en la adición del contrato (50%) se probó, se debe considerar que ello obedeció a un aumento en sus actividades contractuales que además fueron cumplidas en estricto sentido, ello no significa que exista justificación en la firma de un documento que no seguía los lineamientos legales en materia de contratación, mas aun cuando del haber probatorio se vislumbra que el funcionario que fungía como Gerente y supervisor del contrato, contaba con todos los mecanismos legales y administrativos para evitar la ocurrencia de la conducta irregular, y sin embargo no actuó de forma efectiva para evitarla, inobservando el cuidado necesario que cualquier persona del común le imprime a sus actuaciones.

Como bien se dijo se encuentra suficiente y objetivamente demostrado en el proceso que se excedió el valor de adicional suscrito en el contrato 118 de 2020, sin embargo, tanto el otrosí que justifica la adición en valor como los soportes de ejecución dan constancia que la contratista realizó a cabalidad las actividades pactadas en el contrato y presentó los soportes que acreditaron que las actividades fueron realizadas, actividad probatoria encaminada a desvirtuar los hechos investigados en materia fiscal pudiendo ser otro el resultado en cuanto a otras responsabilidades.

Por lo narrado en precedencia, concluye este Despacho que no se encuentra los argumentos necesarios y suficientes que permitan establecer un presunto detrimento al patrimonio de la entidad MOVILIDAD FUTURA SAS. Toda vez que, no se configuraron los elementos de la Responsabilidad Fiscal; en consecuencia, se procederá a confirmar el auto de archivo Auto No. 16, por el cual se archiva el proceso de responsabilidad fiscal del 26 de junio de 2024, en concordancia con el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 que a su letra reza:

"Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma".

 Contraloría Municipal de Popayán	CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN NIT. 817.005.038 – 6 DESPACHO DEL CONTRALOR	Código 1.0	Versión 001
---	---	-----------------------	------------------------

GRADO DE CONSULTA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. RFV 01 – 2024

En mérito de lo expuesto, y bajo las consideraciones y razones legalmente expuestas en el presente proveído, el Contralor Municipal de Popayán,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el Auto No. 16 del 25 de junio de 2024 "Por el Cual se Archiva el Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal RFV 01-2024", proferido por la Dra. **LEIDY DANYELLY MENESES BOLAÑOS** – Jefe de Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, a favor de **ROBERTH DUVAL HORMIGA TIMANÁ**, identificado con cédula de ciudadanía No.10.304.011, quien fungía como Gerente de la entidad y Supervisor del Contrato Nro. 118 de 2020, para la época de los hechos.

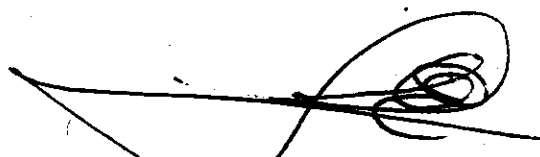
ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar por Estado la presente providencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: Devolver el expediente a la Oficina de Responsabilidad fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal, para lo de su competencia y fines pertinentes.

ARTÍCULO CUARTO: En el evento de que con posterioridad aparecieran nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, se ordenara la reapertura de la actuación fiscal, de conformidad con el lo previsto en el artículo 17 de la ley 610 de 2000.

ARTÍCULO QUINTO: Cumplido lo anterior y una vez ejecutoriado el Auto, archívese este Expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUIS EDUARDO SANDOVAL ISDITH
Contralor Municipal de Popayán

Proyectó: Laura Carolina Dorado Portela – Secretaria General