

Pereira, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Auto No. 095

APERTURA E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL DEL PROCESO

VERBAL No. 003 DE 20234

ENTIDAD AFECTADA:	EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA NIT. 800.103.884-9
CUANTIA:	CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE (\$139.804.300)
OBJETO:	PRESUNTO DETRIMENTO PATRIMONIAL POR INEXISTENCIA DE REGSTROS Y SOPORTES QUE DEMUESTREN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DENTRO DEL CONTRATO No. 073-2022
PRESUNTOS RESPONSABLES:	OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO C.C. 75.157.845 GERENTE MARIA ESTHELIDA LOZANO DE ADARVE C.C. 42.020150 ALMACENISTA HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA C.C. 18.592.713SUBGERENTE DE PLANIFICACION TECNICA, OPERATIVA Y DE PRESTACION DE SERVICIOS (Supervisor Contrato) EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. NIT. 901.053.242-1 REPRESENTANTE LEGAL: HERZON OSPINA LUGOS C.C. No.18.608.459 CONTRATISTA
TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT. 860.524.664-6 POLIZA No. 580-47-994000073370

	POLIZA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 073-2022 AMPARADO: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA.
--	---

ASUNTO

La Profesional Universitaria Grado 219-10 del Grupo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General del Risaralda, en ejercicio de las facultades otorgadas por el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política; la Ley 610 del 2000 en su artículo 8°; las Ordenanzas Departamentales y Resoluciones de la Contraloría General de Risaralda, y dando cumplimiento a lo ordenado en el Auto Comisorio No. 018 del cinco (05) de febrero del dos mil veinticuatro (2024), procede a dictar Auto de Apertura e imputación Responsabilidad Fiscal por el *PRESUNTO DETRIMENTO PATRIMONIAL POR INEXISTENCIA DE REGISTROS Y SOPORTES QUE DEMUESTREN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DENTRO DEL CONTRATO No. 073-2022, por valor de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE (\$139.804.300).*

COMPETENCIA

El conocimiento de las presentes diligencias se avoca y se tramita amparada en la competencia prevista en el inciso 6 del Artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo No. 04 de 2019, el cual establece que los contralores departamentales ejercerán en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 ibídem.

Por su parte el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo No. 04 de 2019, contempla como función atribuida al Contralor General de la República, las de **Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.**

De otro lado, el numeral 5 del artículo 9 de la Ley 330 de 1996, fija como atribución de los Contralores Departamentales, "**La de establecer las responsabilidades que deriven de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma**".

Así mismo la que la **Resolución 309 del 21 de noviembre de 2023** “*Por medio de la cual se actualizan los sujetos y puntos de control de la Contraloría General del Risaralda*”, en su artículo primero señala como sujetos de control entre otras entidades territoriales a **LA EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA**.

INSTANCIAS DEL PROCESO Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

Conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 1474 de 2011, el proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada y será de doble instancia cuando supere la suma señalada.

Consta en el expediente la certificación de cuantías expedida por la Gerencia de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA (en Cd), en la que se observa que la menor cuantía aplica para la contratación directa con formalidades plenas cuando sea superior a 100 SMLMV y hasta 450 SMLMV para la vigencia 2022, lo cual corresponde a más de \$ 100.000.000 y hasta \$450.000.000. En consideración a que en este proceso el presunto daño patrimonial podría ascender a la suma de \$139.804.300, inferior a la menor cuantía para la contratación en la vigencia 2022, de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA, por lo cual su trámite es de **UNICA INSTANCIA**.

Por otra parte, el presente proceso de responsabilidad fiscal conforme lo consagrado en el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, así como el análisis del material probatorio hasta ahora recaudado, considera este despacho que existe mérito para que sea tramitado bajo el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, el cual se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la Ley 1474 de 2011.

En Sentencia C- 832 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis octubre 8 de 2002, la Corte manifiesta que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo

funciones de Control Fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario, lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los principios establecidos por la Constitución Política y la ley, por lo que la autonomía consiste, básicamente, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le han asignado competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone igualmente de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos. Esta sentencia también expresó que “de acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía”

Se hace evidente entonces que la responsabilidad fiscal tiene una naturaleza resarcitoria, indemnizatoria, no solamente restitutoria, ya que la finalidad es lograr el pago de una indemnización pecuniaria que remedie el perjuicio causado

Se concluye entonces y de conformidad con la sentencia C-189 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero que los procesos de responsabilidad fiscal están basados en la Constitución y, es a las Contralorías y a la Auditoría General de la República a quienes corresponde proteger el manejo de los fondos públicos y dentro de sus atribuciones está la de adelantar procesos fiscales. Por ello el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las Contralorías es compatible con las acciones de responsabilidad que adelantan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el incumplimiento o irregularidades de las obligaciones que surjan de los contratos estatales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que, para garantizar la concreción de los derechos, deberes, principios y valores establecidos en la Constitución de 1991, corresponde a quienes se ha asignado el ejercicio del control fiscal, vigilar que los recursos del Estado, por pertenecer a la comunidad, se inviertan y utilicen dentro de los principios constitucionales de legalidad, oportunidad y racionalidad.

La acción procesal como se sabe, debe ordenarse teniendo como premisa fundamentalmente lo establecido en el artículo 29 de la Carta Política y fundarlo, además, en las normas que regulan la actuación de gestores fiscales.

Este órgano de control es competente para conocer el presente proceso y establecer la responsabilidad fiscal que se derive del daño producido a los intereses patrimoniales del Estado, como consecuencia de la gestión fiscal desplegada por los presuntos responsables fiscales, en virtud de los fundamentos de derecho que a continuación se enuncian:

Constitución Política de Colombia en sus artículos 267 y 268 numeral 5º, los cuales prescriben que la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y que es atribución del Contralor.

Ley 42 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal, financiero y los organismos que lo ejercen”*.

Así mismo en su artículo 4º lo siguiente:

“El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen bienes o fondos del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectivo por la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente ley”.

Decreto Ley 267 de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y territoriales”*, que en su artículo 59 determina las funciones de la Dirección de Investigaciones Fiscales.

Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, modificada parcialmente por la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la función pública”*.

El Estatuto Anticorrupción de la ley 1474 de 2011 artículo 97 establece:

“El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000”.

Por su parte el numeral a) del artículo 98 ibídem indica:

“a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante”.

En concordancia con lo anterior los artículos 41 y 48 de la Ley 610 del 2000 disponen:

“Artículo 41. Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

- 1. Competencia del funcionario de conocimiento.*
- 2. Fundamentos de hecho.*
- 3. Fundamentos de derecho.*
- 4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.*
- 5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.*
- 6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.*
- 7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.*
- 8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.*
- 9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión. (...)*

Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación deberá contener:

- 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
- 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
- 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado”.*

Ley 1437 del 2011, inciso 2 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Violación a normas del caso concreto:

Estos hechos investigados se encuentran en contravía de lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con respecto a garantizar la consecución de los fines de la Contratación Estatal, para lo cual deberá “...adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan... exigirán que la calidad de bienes y servicios adquiridos se ajusten a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias...y adoptarán medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras...” según los numerales 4, 5 y 8 del artículo 4°

de la Ley 80 de 1993, de los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales, así como en el artículo 26° numeral 2 principio de responsabilidad y economía y artículos 50°, 51° y 52° de la responsabilidad de las entidades estatales, de los servidores públicos y contratistas y artículo 53° de las responsabilidades de los interventores, modificada por la Ley 1474 de 2011 artículos 82° al 84°.

Así mismo el Acuerdo Junta Directiva No. 019 de 27 de diciembre de 2021, por medio del cual se adopta el Manual de Contratación de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA - RISARALDA,

Capítulo I: Disposiciones Generales, Principios Constitucionales y Principios de la Contratación.

Capitulo II. De la competencia y la Capacidad.

Capitulo III: De los Contratos

(...)

Capitulo X: De la Etapa Contractual y Ejecución

Y la Acuerdo de la Junta Directiva No. 018 del 27 de diciembre de 2021 Por medio del cual se actualiza el Manual de Supervisión e Interventoría de los contratos que celebre la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA

FUNCIONES GENERALES DE LOS SUPERVISORES O INTERVENTORES:

1. Apoyar en el logro de los objetivos contractuales.
2. Velar por el cumplimiento del Contrato en términos de plazos, calidades y cantidades y adecuada ejecución de los recursos del contrato.

(...)

8. Aprobar o rechazar por escrito, de forma oportuna y motivada la entrega de los bienes y servicios, cuando estos no se ajustan a lo requerido en el contrato, especificaciones técnicas, condiciones y/o calidades acordadas.

Capítulo V: Responsabilidad del Supervisor y/o interventor

- Los interventores responderán civil y penalmente por los hechos u omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio a terceros derivados de la ejecución de los contratos u órdenes sobre los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.
- Cuando al interventor sea un servidor público responderá disciplinariamente, civil y penalmente, de acuerdo con la Constitución y la Ley, por sus acciones u omisiones que le fueran imputables y causen perjuicio a la entidad o a terceros,

derivados de la ejecución de los contratos u órdenes sobre las cuales haya ejercido o ejerza dichas funciones.

FUNDAMENTOS DE HECHO

La Contraloría General del Risaralda, realizó AUDITORIA FINANCIERA, practicada a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA, a través de los principios de planeación, economía, eficiencia, eficacia y equidad con que administró los recursos puestos a su disposición y los resultados de su gestión fiscal respecto a la ejecución de los recursos auditables por este organismo de control.

En virtud de lo anterior, por Auto Comisorio No. 018 del cinco (05) de febrero del 2024, el Secretario General de la Contraloría General del Departamento, asigna una comisión para adelantar el **Proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal, radicado con el número PRF 003-2024.**

1. DESCRIPCIÓN DEL PRESUNTO HALLAZGO FISCAL

RELACION DE LOS HECHOS / CONDICION.

CONDICIÓN:

La Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, suscribió el contrato No. 073-2022 con el contratista Excavaciones SEBRA S.A.S., con el siguiente objeto contractual: "Realizar mantenimiento preventivo y correctivo del sistema hidráulico y mecánico de los vehículos compactadores y equipo de succión-presión, de propiedad de la ESP de La Virginia", **por un valor inicial de \$97.000.000 y una adición de \$42'804.300**, para un valor total de \$139'804.300. El plazo fijado para la ejecución del Contrato, fue de 6 meses, contados a partir de la fecha de inicio.

**Factura suministrada por el Contratista de uno de los suministros y reparaciones
hechas al Compactador OVH 293**

FACTURADO A:		FACTURA ELECTRÓNICA DE VENTA							
EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA E.S.P		NÚMERO:	FEES96	VENCIMIENTO:	2022-09-07				
NIT 800103884 - 9		MONEDA:	COP	TRM:	0				
CALLE 15 5C 65		FECHA DOCUMENTO:	2022-09-07 17:08:42						
LA VIRGINIA - Risaralda - COLOMBIA		FORMA DE PAGO:	Contado						
ventanillaunica@esp-lavirginia-risaralda.gov.co		MEDIO DE PAGO:	Consignación bancaria						
3683905									
#	Código	UND	Descripción	Cantidad	Valor Unitario	IVA%	INC%	Subtotal	Valor Total
1		UND	OVH 293 KIT CILINDRO DE PALA C/U - DAD SUMINISTRO	2	\$ 300,000.00	19	0	\$ 600,000.00	\$ 714,000.00
2	Gaus	s	OVH 293 REPARACION PORTALON - SUMINISTRO E INSTALACIONES	1	\$ 12,000,000.00	19	0	\$ 12,000,000.00	\$ 14,280,000.00
Cantidad de líneas: 2									
Notas de la factura									
								SUBTOTAL:	\$ 12,600,000.00
								IVA:	\$ 2,394,000.00
								INC:	\$ 0.00
								DESCUENTO:	\$ 0.00
								ANTICIPOS:	\$ 0.00
TOTAL A PAGAR								\$ 14,994,000.00	
SON: CATORCE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS									

RESUMEN IMPUESTOS

EXCAVACIONES		SEBRA SAS			
Nit. 901053242-1					
CONTROL DE MANTENIMIENTO					
OVH-307					
Fecha	Repuesto	Cantidad	Valor	Valor total	Observaciones
	Kit cilindro de pala c/u	2	\$ 300,000.00	\$ 600,000.00	
	Reparación portalon	1	\$ 12,000,000.00	\$ 12,000,000.00	
				\$	
				\$ 12,600,000.00	
			SUBTOTAL	\$ 12,600,000.00	
			IVA	\$ 2,394,000.00	
			TOTAL	\$ 14,994,000.00	

Informe del Contratista para sustentar la factura FEES96, por \$14'994.000

INFORME No. 3

Período: 01 al 31 de agosto de 2022

Generalidades

Contratante: Empresa de Servicios Públicos de La Virginia
 Contratista: EXCAVACIONES SEBRA S.A.S
 No. 073-2022
 Contrato: REALIZAR MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL SISTEMA
 Objeto: HIDRAULICO Y MECANICO DE LOS VEHICULOS COMPACTADORES Y
 EQUIPO DE SUCCION PRESION DE PROPIEDAD DE LA ESP LA VIRGINIA
 Iniciación: 01/07/2022
 Finalización: 30/12/2022

DESCRIPTIVA DE ACTIVIDADES				
No	Actividad y/o alcances	Descripción (Qué se hizo)	Evidencia de los alcances	% De Avance
1	Suministro	CILINDRO DE PALA (OVH293)	Factura FEES96.	70%
2	Suministro	REPARACIÓN PORTALON (OVH293)	Factura FEES96	70%

Elaboró

Interventor y/o Supervisor

Informe del Supervisor para la factura anterior

Dentro de la minuta contractual, en la cláusula segunda, se definió como alcances del Contrato, las siguientes:

SEGUNDA. ALCANCES: Para la ejecución del objeto contractual y de cada una de las obligaciones que de él se derivan, se requiere que ejecute las actividades que a continuación se describen:

- Atender de forma oportuna las necesidades de reparaciones que requieran los vehículos de la ESP.
- Realizar el suministro de los repuestos que se requieran en cada revisión de los vehículos.
- Realizar el mantenimiento correctivo y preventivo de los vehículos de la ESP

Una vez revisados los documentos contentivos de las carpetas del Contrato de Mantenimiento No. 073 de 2022, al verificar el cumplimiento de las obligaciones específicas del contratista establecidas en los Estudios Previos y en el Clausulado del Contrato, se evidenció la inexistencia de registros y soportes que demuestren el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como a continuación se detalla:

La información que reposa en el Expediente Contractual no es completa ni suficiente para soportar una plena observancia de las obligaciones asumidas por el Contratista. Es así que, según las facturas e informes del Contratista, no se demuestra que los repuestos realmente hayan sido instalados en los Compactadores. En efecto, no se cuenta con las cajas o empaques de los productos instalados, con su respectivo certificado de fabricación de originalidad del producto. Así mismo, no fueron entregados los repuestos retirados de los vehículos y no existen evidencias del suministro de los repuestos por parte del contratista, pues no aporta factura de venta de los mismos; adicionalmente, dentro de la actividad comercial del contratista no se encuentra la de comercialización de este tipo de repuestos y

accesorios, sólo se describe en el Certificado de Cámara de Comercio, dentro de *OTRAS ACTIVIDADES, el mantenimiento y reparación de vehículos automotores.*

A su vez, no es claro el valor de la mano de obra cobrado por el Contratista, teniendo en cuenta que no se definió ni en los estudios previos ni minuta contractual. Al igual no existe propuesta económica por parte del contratista.

Adicionalmente, la E.S.P. no tiene un proceso o procedimiento claramente establecido e implementado para las labores de mantenimiento de los Compactadores, como tampoco, la Empresa cuenta con las hojas de vida de los automotores y el récord de los mantenimientos preventivos y /o correctivos efectuados a cada uno de los vehículos.

Tampoco, se registra el ingreso de los repuestos al Almacén de la Empresa de Servicios Públicos, así como la respectiva salida. Es así que, en los registros del Almacén aportados por la Almacenista de la Empresa, para el período comprendido entre el 1º. de Febrero y el 31 de diciembre de 2022, no se evidencia en ningún momento, que la E.S.P. haya registrado el respectivo ingreso de los repuestos reportados en los informes del contratista y supervisor, al inventario de la Entidad, así como su correspondiente egreso.

En suma, no es posible determinar el total cumplimiento de las acciones de mantenimiento realizadas a los Compactadores, dada la insuficiencia de soportes y evidencias.

De igual modo, se observan carencias en la efectividad de los controles adoptados y debido a ello, no se asegura la pertinencia, suficiencia y oportunidad de las acciones de mantenimiento realizadas en cumplimiento del Contrato de mantenimiento celebrado.

Finalmente, no existe evidencia de una efectiva y completa supervisión realizada a los trabajos de mantenimiento que se efectúa a los vehículos. En efecto, no existen registros de supervisión detallados y concisos, en los que se evidencie el recibido a satisfacción del servicio realizado a cada Compactador. Lo anterior, permite inferir la existencia de deficiencias de control por parte de la E.S.P., lo que genera incertidumbre sobre el cumplimiento de los procedimientos, derechos u obligaciones legales con cada automotor e impide conocer con certeza los gastos en que incurre cada vehículo.

Por lo anterior, se evidencia la ausencia de un efectivo seguimiento a la ejecución del contrato por parte del supervisor, ya que no estuvo atento al desarrollo del mismo, al no estar pendiente de las fallas repetitivas que presentaron los vehículos, la no comprobación efectiva a los mantenimientos realizados y la solicitud de las garantías por estas fallas.

ACERVO PROBATORIO

Frente al caso que ahora es motivo de estudio, surtido el procedimiento legal previsto y con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente, las cuales fueron recaudadas en desarrollo de la auditoría y trasladadas por la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia.

El elemento final y primordial de la prueba y del derecho constitucional de la presunción de inocencia, trasladada al Órgano Fiscalizador la obligación procesal de obtener las pruebas necesarias y suficientes para desvirtuar dicha presunción y obtener la certeza sobre los elementos que configuran la responsabilidad fiscal, teniendo presente que la carga de la prueba la tiene la Contraloría, pues como se ha dicho anteriormente el despliegue probatorio implica la apreciación de todo el material recaudado.

A continuación, se enuncian y describen los medios probatorios legalmente incorporados a la presente actuación con el traslado del hallazgo fiscal, documentos que se encuentran contenidos en medio magnéticos:

DESCRIPCIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO DE SOPORTE DEL HALLAZGO
<ol style="list-style-type: none">1. Informe Final de Auditoría2. Mesa de Trabajo de Análisis al Derecho de Contradicción3. Entrevistas Fiscales Almacenista y Conductor.4. Documentos Gerente5. Documentos Supervisor6. Documentos Almacenista7. Documentos Contratista8. Documentos Contractuales.

IDENTIFICACIÓN DE LA ENTIDAD AFECTADA

Se señala como entidad afectada con el presunto detrimento patrimonial al **EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA**, con el NIT No. 800.103.884-9

IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Al determinar quién es responsable fiscal, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, se ha señalado que sólo puede ser responsable fiscalmente el funcionario que realiza una gestión fiscal; toda vez que la conducta dolosa o culposa sólo es atribuible a quien la materialice.

Al respecto del concepto de gestión fiscal, la Corte Constitucional, ha señalado:

“...Por lo tanto en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve

mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de los fondos o bienes del Estado...”

De conformidad con lo anterior el ejercicio de “*gestión fiscal*” es condición *sine qua non*, para que pueda surgir responsabilidad fiscal, la propia Constitución Política [artículos 119, 267 y 268 No. 5] es clara en señalar que la responsabilidad fiscal se deriva de la gestión fiscal, consecuencia lógica de esta relación es que las contralorías no tienen competencia para definir la responsabilidad derivada de daños al patrimonio público o estatal que no estén relacionados con el manejo de fondos o bienes públicos.

Así las cosas, la vinculación entre el sujeto que lleva a cabo el manejo del fisco y los bienes objeto de tal gestión, está señalada en el Artículo 7° de la Ley 610 de 2000, el cual señala que es necesario que exista una vinculación funcional o contractual y que tal vinculación se traduce en un poder de disposición jurídica sobre el respectivo patrimonio o al menos un deber de guarda y conservación de este.

Por las anteriores razones y atendiendo al acervo probatorio arrojado tanto en el traslado del hallazgo, se señala como presuntos responsables a las siguientes personas:

- El señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, identificado con C.C. No. 75.157.845 en su calidad de Gerente, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, y en esa facultad fue quien suscribió el contrato No. 073 de 2022.
- El señor **HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA** identificado con cedula de ciudadanía número 18.502.713, en su condición de Subgerente de Planificación Técnica, Operativa y de Prestación de Servicios de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, quien fue designado como supervisor en la minuta del contrato No. 073 de 2022, quien firmó el acta de recibo y quien dio fe del recibo a satisfacción de los entregables del contrato. Por deficiencias en la labor de Supervisión.
- El señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal de la firma Contratista EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. identificada con el NIT 901.053.242-1.

Respecto de la señora **MARIA ESTHELIA LOZANO DE ADARVE**, identificada con cedula No. 42.020.150, en calidad de almacenista de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, el equipo auditor señala la presunta responsabilidad por no exigir el reporte de los elementos y repuestos adquiridos, para su respectivo ingreso al inventario y almacén de la Empresa.

No obstante, este despacho no encuentra merito o razón lógica de vincularla al proceso toda vez que de acuerdo a la entrevista que le realizó el grupo auditor desconocía de la existencia del Contrato No. 073-2022 y en ningún momento tuvo injerencia en la ejecución del mismo, en ningún momento tuvo que ver con la organización, gestión e inventario de los materiales o repuestos suministrados por el contratista para el mantenimiento y/o reparación de los maquinas compactadoras de propiedad de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, pues de acuerdo a lo expuesto en el mismo formato de traslado de hallazgo fiscal, no se registra el ingreso ni salida de los repuestos al almacén de la empresa.

La eficiencia con la que un almacenista realiza sus funciones tiene un impacto directo en la productividad de la empresa o entidad, contribuyendo a mantener sin interrupciones la cadena de suministro y colaborando para que la empresa o entidad cumpla sus compromisos de entrega de materiales o bienes para el cumplimiento de sus funciones esenciales. Sin embargo, no es posible predicar una responsabilidad de una funcionaria que no tuvo bajo su custodia los elementos contratados.

CUANTIFICACIÓN DEL PRESUNTO DETRIMENTO PATRIMONIAL.

En el presente caso el presunto detrimento patrimonial está constituido por valor de **CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE (\$139.804.300)**, el cual se cuantifico por el total del valor del contrato, pues de nada sirve que existan unos entregables los cuales no se pueden verificar en documentos soportes y registrados en el almacén de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia y la información que reposa en el expediente contractual no es completa ni suficiente para soportar una plena observancia de las obligaciones asumidas por el Contratista, por lo tanto, no se puede determinar el total cumplimiento de las acciones de mantenimiento realizadas a las compactadoras dada la insuficiencia de soportes y evidencias; lo cual va en contravía del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y los principios de la función pública.

VINCULACIÓN DEL GARANTE

Que los presuntos responsables en calidad de funcionarios de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRIGINIA están amparados por la Póliza de Cumplimiento del Contrato No. 073-2022 emitida por la identificada con el NIT. 860.524.664-, **POLIZA de Cumplimiento No. 580-47-994000073370**, según vigencia 01/07/2022 a 30/04/2023, es preciso dejar claro que dando cumplimiento al art 44 de la ley 610 se vincula a este proceso de **RESPONSABILIDAD FISCAL VERBAL N° 003-2024** a **la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.**, la cual ampara *“...a las entidades estatales contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos por actos u omisiones, que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal...”*, y que reposa en el expediente como prueba documental del contrato No. 073-2022 tomado por el Contratista EXCABACIONES SEBRA S:A:S. identificada con el NIT 901.053.242-1, con la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA con NIT 860.524.654-6** en calidad de tercero civilmente responsable y cuya beneficiaria es la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRIGINIA

LA CUANTÍA AMPARADA ESTA POR LA SUMA DE \$19.400.000 para cumplimiento del Contrato y para calidad de bienes y servicios \$ 9.700.000

Reposa en el expediente (en Cd) el clausulado de la **POLIZA de Seguro de Cumplimiento No. 580-47-994000073370**, con la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA con NIT 860.524.654-6** con vigencia desde 01/07/2022 hasta 30/04/2023

OBJETO DEL SEGURO: GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE L INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADOS DEL CONTRATO 073, DE FECHA 30 DE JUNIO DE 2022, CELEBRADOS ENTRE LAS PARTES, RELACIONADO CON REALIZAR MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL SISTEMA HIDRAULICO Y MECANICO DE LOS VEHICULOS COMPACTADORES Y EQUIPOS DE SUCCION PRESION DE PROPIEDAD DE LA E.S.P.

EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS CON OCASIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DEL CONTRATO No. 073-2022, DE ACUERDO A LA JUSTIFICACION Y PROPUESTA DE LA CONTRATACION, LOS CUALES FORMAN PARTE INTEGRAL DEL PRESENTE CONTRATO.

BENEFICIARIO Y/O ASEGURADO: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA

VIRGINIA.

En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, imputable al contratista garantizado, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.

CONSIDERACIONES FISCALES

La Constitución Política, en el Capítulo X denominado DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL, describe en el Artículo 267 lo concerniente a la vigilancia de la gestión fiscal del Estado que comprende el **CONTROL FINANCIERO, DE GESTIÓN, DE RESULTADOS**, cuyo fin es vigilar la eficiencia de las entidades estatales que administren recursos públicos a fin de garantizar que en el recaudo de los fondos del Estado, en el gasto y en su inversión se proceda de acuerdo con la ley conforme a los intereses generales, lo que es propio de la función administrativa, al tenor del artículo 209 Superior.

De conformidad con lo previsto en la norma Constitucional, el control fiscal es una función pública especializada, que consiste en vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, de los Departamentos, de los Municipios y de las Empresas Industriales y comerciales del estado, así como también en las Sociales y de Economía Mixta.

A través del control fiscal que ejerce la Contraloría General del Risaralda, busca salvaguardar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se asegure el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

De acuerdo a lo anterior el artículo 40 de la Ley 610 de 2000 dispone que: "cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, así como la acreditación de los elementos constitutivos de la Responsabilidad

Fiscal, el funcionario competente dispondrá la apertura del proceso de responsabilidad fiscal".

Concordante con la norma en cita, el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011 señala: "el Proceso de Responsabilidad Fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación".

Que analizado el hallazgo fiscal trasladado por el equipo auditor objeto de la presente investigación, se concluye que hay razones suficientes para APERTURA E IMPUTAR proceso de responsabilidad fiscal en contra de los servidores públicos citados, como presuntos responsables fiscales causados a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA -RISARALDA, por los hechos antes narrados.

Ante el escenario ya descrito, pasa a continuación el despacho a verificar si en el presente caso están dados los elementos de la Responsabilidad Fiscal exigidos para ordenar la apertura de un proceso de Responsabilidad Fiscal, y formular conjuntamente la imputación en el marco del procedimiento verbal contemplado en los artículos 97, 98 y siguientes de la Ley 1474 de 2011.

DE LA IMPUTACIÓN Y DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Previo el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, conforme lo dispone la norma adjetiva, en concordancia con lo indicado en el artículo 22 y siguientes de la Ley 610 de 2000, se procede a proferir AUTO DE APERTURA E IMPUTACION de responsabilidad fiscal, en razón a que se encuentran acreditados los presupuestos del artículo 41 y 48 de la ley 610 de 2000, en concordancia con el artículo 98 de la ley 1474 de 2011, citados en el acápite de los fundamentos de derecho.

La Ley 610 de 2000 en su artículo 5°, determinó que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

A- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

B- Un daño patrimonial al estado.

C- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Los elementos se encuentran definidos en la Ley 610 de 2000, así:

“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. Sobre la conducta bajo el esquema de gravemente culposa, como elemento de la responsabilidad fiscal, fue precisada por la Corte Constitucional en sentencia C-619 DE 2002”.

“Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2000”.

La norma en cita señala que, los destinatarios de la responsabilidad fiscal en Colombia aplica a los servidores públicos y los particulares cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado; en igual sentido, el artículo 6° superior, indica que dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

1. EXISTENCIA DEL DAÑO Y RESPONSABILIDAD DEL GESTOR FISCAL

Para determinar el cumplimiento de los elementos previstos por el literal a) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, a continuación, se hace un análisis de los mismos.

I. Daño patrimonial al Estado

Conforme lo contenido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el Daño Patrimonial al Estado, se entiende como:

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

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público." (Apartes subrayados fueron declarados inexecutable por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

El concepto expuesto advierte que el daño ocasionado con la gestión fiscal, debe recaer sobre el "patrimonio público", es decir, en los "bienes o recursos públicos" o en los "intereses patrimoniales del Estado."

Al respecto de este elemento, la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, señaló:

"Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores, que han de valorarse, debe considerarse que aquél debe 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."

En este orden de ideas, para atribuir Responsabilidad Fiscal, en cabeza de un servidor público o particular, es indispensable que esté demostrada la existencia de un daño al erario, cierto y cuantificable, anormal, especial con arreglo a su real magnitud.

DEL CASO CONCRETO

Para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, una conducta es antijurídica cuando una persona que maneja bienes o fondos públicos, actúa de manera tal que ocasiona pérdidas, mermas o deterioro al patrimonio que se le ha confiado en forma dolosa o gravemente culposa, de conformidad con la Sentencia C-619 de 2.002, la Corte Constitucional determinó que el grado de imputación en materia de responsabilidad fiscal solo podrá configurarse a título de culpa grave o dolo.

El organismo de control en desarrollo de la "Auditoría Financiera realizada a la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, de la vigencia 2022" hizo la revisión del Contrato N° 073 celebrado el 30 de junio de 2022, con la firma EXCAVACIONES SEBRA S:A:S con NIT. 901.053.242-1, el cual tuvo acta de inicio del 01 de julio del mismo año.

CONDICIÓN:

La Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, suscribió el contrato No. 073-2022 con el contratista Excavaciones SEBRA S.A.S., con el siguiente objeto contractual: "Realizar mantenimiento preventivo y correctivo del sistema hidráulico y mecánico de los vehículos compactadores y equipo de succión-presión, de propiedad de la ESP de La Virginia", **por un valor inicial de \$97.000.000 y una adición de \$42'804.300**, para un valor total de \$139'804.300. El plazo fijado para la ejecución del Contrato, fue de 6 meses, contados a partir de la fecha de inicio.

Dentro de la minuta contractual, en la cláusula segunda, se definió como alcances del Contrato, las siguientes:

SEGUNDA. ALCANCES: Para la ejecución del objeto contractual y de cada una de las obligaciones que de él se derivan, se requiere que ejecute las actividades que a continuación se describen:

- Atender de forma oportuna las necesidades de reparaciones que requieran los vehículos de la ESP.
- Realizar el suministro de los repuestos que se requieran en cada revisión de los vehículos.
- Realizar el mantenimiento correctivo y preventivo de los vehículos de la ESP

Una vez revisados los documentos contentivos de las carpetas del Contrato de Mantenimiento No. 073 de 2022, al verificar el cumplimiento de las obligaciones específicas del contratista establecidas en los Estudios Previos y en el Clausulado del Contrato, se evidenció la inexistencia de registros y soportes que demuestren el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como a continuación se detalla:

La información que reposa en el Expediente Contractual no es completa ni suficiente para soportar una plena observancia de las obligaciones asumidas por el Contratista. Es así que, según las facturas e informes del Contratista, no se demuestra que los repuestos realmente hayan sido instalados en los Compactadores. En efecto, no se cuenta con las cajas o empaques de los productos instalados, con su respectivo certificado de fabricación de originalidad del producto. Así mismo, no fueron entregados los repuestos retirados de los vehículos y no existen evidencias del suministro de los repuestos por parte del contratista, pues no aporta factura de venta de los mismos; adicionalmente, dentro de la actividad comercial del contratista no se encuentra la de comercialización de este tipo de repuestos y accesorios, sólo se describe en el Certificado de Cámara de Comercio, dentro de *OTRAS ACTIVIDADES, el mantenimiento y reparación de vehículos automotores.*

A su vez, no es claro el valor de la mano de obra cobrado por el Contratista, teniendo en cuenta que no se definió ni en los estudios previos ni minuta contractual. Al igual no existe propuesta económica por parte del contratista.

Adicionalmente, la E.S.P. no tiene un proceso o procedimiento claramente establecido e implementado para las labores de mantenimiento de los Compactadores, como tampoco, la Empresa cuenta con las hojas de vida de los automotores y el récord de los mantenimientos preventivos y /o correctivos efectuados a cada uno de los vehículos

Tampoco, se registra el ingreso de los repuestos al Almacén de la Empresa de Servicios Públicos, así como la respectiva salida. Es así que, en los registros del Almacén aportados por la Almacenista de la Empresa, para el período comprendido entre el 1º. de Febrero y el 31 de diciembre de 2022, no se evidencia en ningún momento, que la E.S.P. haya registrado el respectivo ingreso de los repuestos reportados en los informes del contratista y supervisor, al inventario de la Entidad, así como su correspondiente egreso.

En suma, no es posible determinar el total cumplimiento de las acciones de mantenimiento realizadas a los Compactadores, dada la insuficiencia de soportes y evidencias.

De igual modo, se observan carencias en la efectividad de los controles adoptados y debido a ello, no se asegura la pertinencia, suficiencia y oportunidad de las acciones de mantenimiento realizadas en cumplimiento del Contrato de mantenimiento celebrado.

Finalmente, no existe evidencia de una efectiva y completa supervisión realizada a los trabajos de mantenimiento que se efectúa a los vehículos. En efecto, no existen registros de supervisión detallados y concisos, en los que se evidencie el recibido a satisfacción del servicio realizado a cada Compactador. Lo anterior, permite inferir la existencia de deficiencias de control por parte de la E.S.P., lo que genera incertidumbre sobre el cumplimiento de los procedimientos, derechos u obligaciones legales con cada automotor e impide conocer con certeza los gastos en que incurre cada vehículo.

Por lo anterior, se evidencia la ausencia de un efectivo seguimiento a la ejecución del contrato por parte del supervisor, ya que no estuvo atento al desarrollo del mismo, al no estar pendiente de las fallas repetitivas que presentaron

El Plan de Desarrollo 2016-2019 contiene Acciones que debemos realizar a los cuales atendemos con este proceso, a saber: EJE ESTRATÉGICO: ATENCIÓN CON CALIDAD, PROGRAMA: SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN Y CONTROL, SUBPROGRAMA: Implementar y mejorar continuamente el Sistema Integrado de Gestión y Control, con las ACCIONES: Gestionar el Sistema de gestión de calidad SGC adicionalmente, la Contraloría Departamental, ha manifestado reiterativamente como necesidad, la realización del catastro físico hospitalario y en comunicado 2556 cita: La resolución 0293 de 2004 "lo que pretende es continuar con el catastro físico hospitalario emprendido en 1995 por el ministerio de salud (hoy ministerio de la protección social) a través del programa de mejoramiento, para 170 instituciones de segundo y tercer nivel.

Entrevistas realizadas por el Auditor

El día 13 de septiembre de 2023, por parte de líder del equipo auditor realizo dos (2) entrevistas así:

- JUAN CARLOS VANEGAS ESCOBAR identificado con la cedula de ciudadanía No. 6412.480 de Pereira, Conductor de automotor tipo COMPACTADOR de propiedad de la ESP de La Virginia
- MARIA ESTHELIA LOZANO DE ADARVE con cedula de ciudadanía No. 42.020.150 de La Virginia, Almacenista de ESP.

Ahora bien, una vez establecidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el daño patrimonial objeto del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal No. 003-2024, se ocupara el Grupo de Responsabilidad Fiscal del estudio del elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, constituida por una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

2. DE LA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA ATRIBUIBLE A UNA PERSONA QUE REALIZA GESTIÓN FISCAL

Este elemento de la responsabilidad fiscal hace referencia a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que, autorizado legalmente, despliega una gestión fiscal, en ejercicio de la cual o con ocasión de ella, genera un daño al patrimonio del Estado.

En este punto, el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 define la gestión fiscal de la siguiente manera:

“[...] el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

Con base en la anterior definición, la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001 señaló que éste elemento de la responsabilidad fiscal:

“constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata”, aclarando además que: “involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado”.

De allí que el máximo Juez Constitucional señalara que:

“el sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad fiscal sólo puede ser aquel quien tenga la calidad de gestor fiscal en los términos que señala la ley” [Sentencia C-131 de 2003], posición que ha llevado a que el Consejo de Estado asuma la gestión fiscal como el: “presupuesto sine qua non para determinar la responsabilidad fiscal” [Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1997-2093 01; Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO].

Por ello, la jurisprudencia constitucional es reiterativa en señalar que: *“El proceso de responsabilidad fiscal se origina única y exclusivamente del ejercicio de una gestión fiscal, esto es, de la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos” [Sentencia C-382 de 2008]*

Se colige entonces de lo anotado, que no obstante la amplitud del concepto de gestión fiscal, se requiere a más de la simple disponibilidad material que se tiene sobre el patrimonio público en virtud de las funciones asignadas o para el caso de

los particulares, cuando administran o custodian dicho patrimonio, tener una disponibilidad o titularidad jurídica sobre los mismos, esto es, que el sujeto tenga la capacidad funcional o contractual de ejercer actos de gestión fiscal sobre ese patrimonio. Si carece de dicha titularidad jurídica, no tienen mando o decisión de disponibilidad – sobre los fondos o bienes públicos [Así tenga la disponibilidad material] no nos encontraríamos frente al ejercicio de gestión fiscal y por tanto no habría responsabilidad fiscal.

Sin perjuicio de lo expresado sobre el asunto en párrafos precedentes, valga puntualizar que si bien, en criterio de la Corte Constitucional, según las voces de la sentencia C-840 de 2001 son gestores fiscales:

“...quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor...”; no ha de perderse de vista que, en forma colateral encontramos a aquellos servidores públicos o particulares que sin ser gestores fiscales directos, hacen parte dentro de lo que podremos denominar el **“circuito secundario de la gestión fiscal”** por tratarse de personas que actúan *“con ocasión de la gestión fiscal”* o *“en colaboración con la gestión fiscal”*.

Valga señalar en relación con este concepto de vinculación al proceso, que su asidero legal lo encontramos en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, habiendo sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-840 de 2001, la cual se encargó de declarar exequible dichos términos y definirlo en el contexto que se debe aplicar dentro del proceso de responsabilidad fiscal así:

“[...] el sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.

Lo que en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado [...]"

Sobre esta vinculación necesario es recalcar, que dentro de la actuación que se adelante corresponderá demostrar la relación próxima y necesaria del servidor público con el desarrollo de la gestión fiscal y la causación del daño, bien sea, por acción u omisión.

De otra parte en cuanto se refiere al elemento en estudio, se tiene que el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, establece que la responsabilidad fiscal sólo puede ser consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de los gestores fiscales o de quienes contribuyan en la configuración de un detrimento patrimonial al Estado, sean servidores públicos o particulares, quedando claro que la responsabilidad fiscal también se aleja de la concepción objetiva de la responsabilidad, para adecuarse a los lineamientos jurídicos de la responsabilidad subjetiva.

Es por lo que puede afirmarse que, una de las características que se atribuye al proceso de responsabilidad fiscal es que la: *“responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa”* [Sentencias C-340 de 2007 y C-382 de 2008], tal y como lo contempla el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Sin olvidar que la calificación que se endilgue, ya de culpa grave o a título de dolo hace referencia al actuar o proceder del servidor público o del particular que por una gestión fiscal, antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna o una gestión que no cumple con los cometidos y fines esenciales del Estado, ocasiona el daño patrimonial, entendida la conducta como la acción u omisión del servidor o particular, que causa el daño patrimonial a los intereses del Estado.

Así, para que la conducta del gestor fiscal sea relevante en términos de responsabilidad fiscal, debe realizarse bajo los títulos de dolo o culpa grave, entendiéndose por dolo

“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” [Artículo 63, último inciso, Código Civil] y como culpa grave el *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”* [Artículo 63, inciso segundo, Código Civil], definiciones que encuentran concordancia con las contendidas en la Ley 678 de 2001, dada la especialidad de la materia y según la cual *“La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”* [Artículo 5, Ley 678 de 2001], y *“gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”* [Artículo 6, Ley 678 de 2001].

En el derecho civil las obligaciones de resultado, que se predicán del ejercicio contractual o extracontractual en el mundo jurídico, llevan implícitas el fenómeno de la culpa presunta cuando de responsabilidad se trata. Es decir, que no obstante pertenecer a la responsabilidad subjetiva, esta se deduce de la inejecución de una obligación de resultado. Indudablemente, es necesaria una culpa, pero *“ella existe por el solo hecho de no haberse obtenido el resultado”*⁴. La ley presume que la inejecución es un hecho del deudor y a él le corresponde destruir esa presunción demostrando una causa extraña.

La culpabilidad en materia civil se concibe como un error de conducta en la que no habría incurrido una persona prudente y diligente, ***obonus pater familias***, en las mismas circunstancias externas en las que actuó el autor del daño o perjuicio.

Por su parte, el artículo 63 del Código Civil Colombiano, establece que la culpa grave, consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. En términos de MAZEAUD la culpa grave es aquel tipo de culpa que no es intencional ni voluntaria sino particularmente burda; el autor del perjuicio no ha querido ocasionar el daño, pero se ha comportado como si hubiera querido.

Desde la sentencia C-619 de 08 de agosto de 2002, con ponencia de los doctores JAIME CORDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, las contralorías han tenido claro que el gestor fiscal responde solo por la culpa grave y el dolo, al declarar inexecutable el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que establecía:

“El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve”.

La sentencia C-619 de 2002, nos obliga a definir el dolo y la culpa grave a partir de los criterios auxiliares de interpretación que se tienen al alcance: por un lado, los lineamientos contenidos en normas constitucionales y en otras normas de derecho público, el artículo 71 de la Ley 270 de 1996, en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, además de las orientaciones jurisprudenciales vigentes para la materia.

Partiendo de la Constitución Política, es posible ubicar la existencia de normas específicas que orientan la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos. En primer término, son esenciales los artículos 2º inciso 2º y 123 inciso 2º, en cuanto definen el propósito de la acción estatal:

“Artículo 2º [...] Las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y de los particulares.”

“Artículo 123 [...] Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley y el reglamento.”

Por otro lado han de tenerse presentes, las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 6º, 121 y 122, según las cuales son responsables los servidores públicos: por infracción de la Constitución y las leyes y, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; señalando igualmente que no habrá empleo que no tenga funciones establecidas por la Ley o el reglamento y, que se prohíbe a las autoridades públicas ejercer funciones distintas de las que les atribuyen la Constitución o la Ley.

Sin que finalmente, podamos perder de vista que, a partir del 12 de julio de 2011, con la expedición de la Ley 1474, la determinación de culpabilidad para las conductas desplegadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley dentro del proceso de responsabilidad fiscal se establecerá conforme la previsión contenida en el artículo 118 que al tenor reza:

“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.

Sobre el particular, conviene señalar que el artículo transcrito en precedencia, fue **declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-512 de 31 de julio 2013, con ponencia del Honorable Magistrado MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, providencia en la que se expresó:**

“[...] conclusión

Al analizar el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, a luz de las reglas aplicables a las presunciones legales, a las presunciones de dolo y de culpa y a las presunciones de dolo y de culpa en el proceso de responsabilidad fiscal, en tanto proceso de responsabilidad patrimonial, y al analizar la presunción de inocencia, el principio de buena fe y la regla sobre antecedentes penales y contravencionales del artículo 248 de la Constitución, se encuentra que el cargo no está llamado a prosperar. Y no lo está, porque el legislador puede establecer presunciones legales de dolo y de culpa en el proceso de responsabilidad fiscal, con el propósito de dar seguridad a situaciones relevantes, como son las previstas en el artículo demandado y proteger bienes jurídicos valiosos como son salvaguardar el patrimonio público, garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos, y verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado, de manera acorde con la lógica y con la experiencia.

Razón de la decisión.

Síntesis.

Al haberse planteado cargos contra el parágrafo 3 del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, por vulnerar el principio de legalidad (art. 29 C.P.), y contra el artículo 118 de la misma ley, por desconocer la presunción de inocencia (art. 29 C.P.), la presunción de buena fe (art. 83 C.P.) y la regla constitucional de que sólo las condenas judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y convencionales (art. 248).

[...]

En el análisis correspondiente al segundo cargo examinó lo relativo a las presunciones legales, las presunciones legales de dolo y de culpa, y las presunciones legales de dolo y de culpa en el proceso de responsabilidad fiscal, para poner de presente que dichas presunciones no vulneran per se la Constitución, siempre que busquen dar seguridad a situaciones relevantes y protejan bienes jurídicos valiosos, sin contravenir la lógica y la experiencia; al descender al caso concreto para examinar el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 a la luz de los anteriores elementos de juicio, se encontró que la posibilidad de establecer

presunciones de dolo y de culpa en procesos de responsabilidad fiscal no desconoce la presunción de inocencia y el principio de buena fe, ni contraviene lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución.

Regla de la decisión.

[...]

Establecer presunciones legales de dolo y de culpa, para efectos de determinar la culpabilidad en procesos de responsabilidad fiscal, no vulnera la presunción de inocencia ni el principio de la buena fe, si dichas presunciones buscan dar seguridad a situaciones relevantes, protegen bienes jurídicos valiosos y no contravienen la lógica y la experiencia.

Presumir el dolo de una persona cuando, por los mismos hechos o daños que sirven de base para el proceso de responsabilidad fiscal, ésta ha sido condenada por la justicia o sancionada por una autoridad disciplinaria, por haber cometido con dolo un delito o una falta disciplinaria, no desconoce la presunción de inocencia, el principio de buena fe y la regla sobre antecedentes penales y contravencionales prevista en el artículo 248 de la Constitución.

Siendo pertinente aclarar que se trata de presunciones legales, la cuales admiten prueba en contrario.

Retomando, se tiene entonces que, en el agente que genera el daño patrimonial al Estado deben confluir dos presupuestos indispensables, a saber: el primero, haber actuado en ejercicio de la gestión fiscal en relación con el bien que resultó lesionado y el segundo, haber ocasionado el daño a título de dolo o culpa grave, condiciones que serán objeto de análisis sobre las conductas de cada uno de los presuntos responsables fiscales vinculados a la presente actuación, tomando en cuenta los medios probatorios allegados al plenario, los argumentos defensivos, las funciones desempeñadas y las actividades desplegadas o dejadas de realizar.

La ley 610 del 2000, en su artículo 4 ídem indica que el objeto de la responsabilidad fiscal es “el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como **consecuencia de la conducta dolosa o culposa** (*negrilla fuera del texto original*) de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”

En materia fiscal, la conducta dolosa o gravemente culposa que se atribuye debe ser desplegada por una persona, sea servidor público o particular, que tenga calidad de gestor fiscal, es decir que tenga la potestad jurídica sobre el manejo, administración y/o disposición de los recursos o bienes públicos, derivada de las

disposiciones legales, funcionales, reglamentarias o contractuales, y en ejercicio de la cual o con ocasión de esta, genero un daño al patrimonio del estado.

Requiere entonces este operador fiscal al momento de plantear el juicio de responsabilidad, determinar si el sujeto pasivo objeto de control ejercía actos de gestión fiscal, los cuales se traducen conforme al concepto 1522 de 04 de agosto del 2003 de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado, y el artículo 3 de la ley 610 de 2000, en la realización de actividades que impliquen disposición, administración y custodia de los fondos públicos, entendidos estos como los elementos o medios de carácter financiero o que tienen expresión económica y patrimonial o susceptibles de una conversación monetaria, de los cuales el estado es su titular, de allí que sean parte de su patrimonio y que pueda disponer de los mismos para su funcionamiento y el desarrollo de sus actividades, es decir se debe tener la facultad de disponer en nombre del estado de recursos monetarios, para cumplir con las actividades asignadas, tendientes a garantizar el cumplimiento de los fines esenciales de la entidad pública.

Se tiene en esta instancia procesal, la calidad de **gestor fiscal**, se evidencia que la misma corresponde

A continuación, se evaluará la conducta y su condición de gestores fiscales.

- Se encuentra probado, de acuerdo a los elementos materiales que se arrimaron con el hallazgo, que el señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, identificado con C.C. No. 75.157.845 en su calidad de Gerente, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, y en esa facultad fue quien firmó el contrato No. 073 de 2022, de acuerdo al manual de funciones, le correspondía: *“Celebrar los contratos necesarios para la ejecución de programas y proyectos con sujeción a lo previsto en el Estatuto General de Contratación, la Ley y las decisiones de la Junta Directiva para cumplir con sus fines empresariales”*.

Teniendo en cuenta que el PROPÓSITO PRINCIPAL del Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de La Virginia – E.S.P., es el de ejercer la Representación Legal de la Empresa, la Ordenación del Gasto y es la máxima autoridad administrativa y le corresponde dirigir la ejecución de los procesos de dirección institucional, direccionamiento estratégico, Revisión por la Dirección del Sistema de Gestión de la Calidad, Planificación Estratégica Institucional y en

general todos los procesos de dirección institucional de la Empresa; es quien debe estar pendiente de la correcta ejecución de los contratos legalizados por la ESP.

- El señor **HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA** identificado con cedula de ciudadanía número 18.502.713, en su condición de Subgerente de Planificación Técnica, Operativa y de Prestación de Servicios de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, quien fue designado como supervisor en la minuta del contrato No. 073 de 2022, quien firmó el acta de recibo y quien dio fe del recibo a satisfacción de los entregables del contrato. Por deficiencias en la labor de Supervisión.

En consecuencia, debió ejercer su labor de control y seguimiento a la ejecución del contrato dentro de una correcta actividad gerencial y adecuados criterios de gestión, de acuerdo al manual de contratación y supervisión de la entidad, garantizando el oportuno y correcto cumplimiento del objeto del contrato y de todas las obligaciones que de él se desprenden, generando con su actuar omisivo el menoscabo para la entidad, al haber recibido un contrato sin haber revisado la totalidad de los entregables, atentando contra los principios de responsabilidad, moralidad, eficiencia y economía, configurándose una inadecuada gestión fiscal.

- Reposo dentro del acervo probatorio acta de recibo del contrato 073 de 30 de junio de 2022, suscrita por el Contratista, el señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal de la firma Contratista EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. identificada con el NIT 901.053.242-1 y el supervisor del Contrato, en las cuales expresa que: Se verifico el cumplimiento de las obligaciones del contratista con los sistemas de Seguridad Social Integral en salud, pensiones y riesgos laborales, información que se puede constatar en la planilla o certificación de pago correspondiente al periodo aquí relacionado, de acuerdo al Objeto del Contrato No. 073-2022: : "*Realizar mantenimiento preventivo y correctivo del sistema hidráulico y mecánico de los vehículos compactadores y equipo de succión-presión, de propiedad de la ESP de La Virginia*",

Como consecuencia de lo anterior, son responsables fiscales los supervisores o interventores cuando por el incumplimiento de sus funciones de control y vigilancia sobre determinado contrato estatal se ocasiona un detrimento patrimonial para la Entidad Estatal que, entre otros, puede ser consecuencia de deficiencias en la ejecución del objeto contractual o en el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en el contrato vigilado.

Además, en su calidad de gestores fiscales se presume que los supervisores o interventores de los contratos incurren en responsabilidad fiscal: **i)** a título de dolo fiscal cuando por los mismos hechos haya sido condenados penalmente o sancionados disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a título y **ii)** a título de culpa grave cuando se omite 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 y cuando se incumpla 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.

Frente al señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal, para la época de ocurrencia de los hechos, de **EXCAVACIONES SEBRA S.A.S.** identificada con el NIT 901.053.242-1, en calidad de contratista debe entrar a responder de conformidad a la ley 1474 del 2011 artículo 119. Solidaridad al firmar el acta de recibo del Contrato No.073-2022, indicando que el objeto contractual estaba cumplido faltando al principio de moralidad y responsabilidad, toda vez que los entregables suministrados no fueron debidamente relacionados y soportados como lo exigen las normas, tal como se realizó la descripción en el acápite del daño.

Dentro de la minuta contractual, en la cláusula segunda, se definió como alcances del Contrato, las siguientes:

SEGUNDA. ALCANCES: Para la ejecución del objeto contractual y de cada una de las obligaciones que de él se derivan, se requiere que ejecute las actividades que a continuación se describen:

- Atender de forma oportuna las necesidades de reparaciones que requieran los vehículos de la ESP.
- Realizar el suministro de los repuestos que se requieran en cada revisión de los vehículos.
- Realizar el mantenimiento correctivo y preventivo de los vehículos de la ESP

Las obligaciones del contratista quedaron estipuladas en la cláusula tercera de la minuta del contrato, que especifica que debe presentar los informes oportunamente al Supervisor, dichos informes deben de ir con los soportes respectivos para evidenciar la ejecución parcial o total del Contrato.

Entonces se puede concluir que el elemento vinculante para inferir la responsabilidad cuestionada lo constituye indudablemente el ejercicio de gestión fiscal, particularizada en el manejo de fondos y bienes del estado puestos a

disposición de la administración y custodia, de una persona natural que obra como servidor público o particular.

Es decir que, las Entidades Estatales, los servidores públicos, contratistas e interventores que intervienen en la celebración, ejecución y liquidación del contrato estatal son responsables por sus actuaciones y omisiones y en consecuencia responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por las faltas que cometan en el ejercicio de sus funciones

Después determinar la condición de gestor fiscal, procede a revisarse el elemento de la culpa segundo requisito esencial dentro del proceso de responsabilidad fiscal:

a). En cuanto a la responsabilidad del Señor **HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA** identificado con cedula de ciudadanía número 18.502.713, en su condición de Subgerente de Planificación Técnica, Operativa y de Prestación de Servicios de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, se le atribuye una **CULPA GRAVE** en su condición de supervisor contrato 073 de 2022, por un ineficiente proceso de verificación de la inversión de los recursos a través la supervisión, cuya función se establece desde la ejecución del contrato, evidenciándose una conducta violatoria de las obligaciones del supervisor asignado, quien debió ejecutar actividades de control sobre el contrato cuya vigilancia le fue asignada, pues en cumplimiento de dicha función le correspondía verificar los soportes de ejecución correspondiente, cuyo contrato fue recibido a satisfacción por parte de la supervisión e interventoría, el cual presentaba graves falencias en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, toda vez que no existe registros de supervisión detallados y concisos, en los que se evidencien el recibido a satisfacción servicio de mantenimiento preventivo y correctivo a cada compactador, lo que impide conocer con certeza los gastos en que incurre o incurrió cada vehículo compactador.

De igual manera, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, entre ellas, del incumplimiento a las normas técnicas y la falta de seguimiento y control por parte de la supervisión e interventoría, al momento de recibir servicios o bienes que no cumplen con las condiciones estipuladas en los estudios previos y objeto contractual.

El supervisor era el funcionario encargado de velar que el contratista cumpliera las condiciones y términos pactados en el contrato en mención, aspecto de fundamental importancia toda vez que de ello dependía que se efectuaron los pagos a este, de manera que el servidor público en comento al tener el manejo o

administración de los recursos públicos se convirtió en gestor fiscal, encontrando su marco funcional en los artículos 3 y 26 de la ley 80 de 1993 y los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011 que impone a los servidores públicos la obligación de vigilar el cumplimiento de las condiciones contratadas, de igual manera en el Capítulo IX del decreto número 555 del 2013, debía mantener informada a la entidad contratante sobre los hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato y reportar los incumplimientos.

Adicionalmente, conforme a las disposiciones de la Ley 610 del 2000 al proceso de responsabilidad fiscal se vincularán a quienes:

“con ocasión de la gestión fiscal” determinen o coadyuven a la materialización del daño y a quienes contribuyan a la realización del mismo. Además, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 contempló la figura de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal en los siguientes términos: “...En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial...”.

Como supervisor del contrato número 073-2022, presuntamente omitió atender debidamente las siguientes funciones previstas en la ley 1474 de 2011:

“Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o

cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

Parágrafo 1°. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 84 de la ley 1474 del 2011: (...)

“FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. *El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así: No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir*

actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

PARÁGRAFO 2o. *Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal: k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.*

PARÁGRAFO 3o. *El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.*

b). En cuanto a la responsabilidad del señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, identificado con C.C. No. 75.157.845 en su calidad de Gerente, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, y en esa facultad fue quien firmó el contrato No. 073 de 2022, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, para la época de los hechos, se le atribuye una **CULPA GRAVE**, por omisión a sus obligaciones de revisar, ejercer puntos de control al recurso publico comprometido de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA, como consecuencia de esta omisión ejerció una deficiente gestión fiscal, conllevando con su actuar a generarse el daño fiscal, pues dentro de sus funciones está la de autorizar la contratación, por lo que obro en calidad de gestor fiscal en los términos del **artículo 3 de la ley 610/2000** en la planeación, suscripción y ejecución del contrato cuestionado, ya que contaba con la capacidad dispositiva o de administración sobre los recursos estatales, por lo cual debía ejercer de forma tal que garantizara una adecuada y correcta adquisición, administración, enajenación, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, era el encargado de orientar y dirigir la actividad contractual correspondiente como gerente, lo que le imponía la imperiosa necesidad de velar por el patrimonio público que le fue confiado al tomar posesión del cargo, es decir le asistía la obligación de cuidar, velar y disponer adecuadamente de los recursos públicos, esta obligación le demandaba tener el sumo cuidado al momento de desarrollar todas las actividades propias que conlleva el ejercicio de su labor, entre estas las contractuales, sin embargo se observan para la presente investigación debilidades de control, seguimiento y delegación para la correcta ejecución del contrato, al permitir que al contratista le fuera cancelado el valor de \$ 139.804.300, pese a las falencias evidenciadas en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es claro que en su calidad de gerente, autorizado para contratar está obligado a dar cumplimiento al principio de planeación eficiente de la actividad contractual, al desplegar una labor de vigilancia y seguimiento al objeto contratado, aun de la designación de un supervisor, ya que como ordenador del gasto de la entidad contratante, debió velar por la correcta inversión de presupuesto destinado para el contrato 073-2022, antes de efectuarse dicho pago, desvalor de acción por omisión que se traduce en deber de responder.

Que de acuerdo a los lineamientos de la corte, en Sentencia C-840 de 2001, ha señalado:

"(...) De otra parte destaca el artículo 4° el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando haya causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal...."

Corte Constitucional ha manifestado

"El concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución que a partir del programa de gasto aprobado, limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto Sent. C101/96.M.

Este precepto legal, tiene un carácter enunciativo, pues incluye dentro del concepto de daño los perjuicios, definidos como la ganancia lícita que deja de obtenerse, o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo que pueda sufrir el Estado.

El ordenador del gasto al faltar al cumplimiento de los deberes asignados, actúo sin la debida cautela por lo que su actuar fue imprudente, entendiéndose la imprudencia; "en un comportamiento inadecuado que lleva al sujeto a obrar sin las previsiones debidas y suele originarse en una falta de discernimiento, en desatención y en el predominio de las reacciones instintivas sobre la ponderada reflexión" (sentencia C-619 de 2002. H. Corte Constitucional.) Siendo la imprudencia uno de los elementos generadores de Culpa Grave. Por lo que a juicio de este despacho la conducta desplegada por las personas arriba señaladas, se encuentra configurada, bajo los postulados de la Culpa Grave, producto de la infracción (al deber objetivo de cuidado a que hace alusión lo preceptuado en el artículo 63 del Código Civil que define la Culpa Grave como: "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos

con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

Con todo lo anterior, la conducta *omisiva* del señor OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO, contravino normas legales y los principios de responsabilidad, moralidad, eficiencia y economía, configurándose *una inadecuada gestión fiscal*.

c) Por parte del contratista, el señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal de la firma Contratista EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. identificada con el NIT 901.053.242-1, se le atribuye que actuó con **CULPA GRAVE**, al no realizar la inversión total de los recursos cobrados dentro de la ejecución del Contrato No. 073 de 2022 y/o al no discriminar la cantidad y valor suministros como el valor de la mano de obra para el mantenimiento y/o reparación de cada compactadora, de acuerdo a las especificaciones y descripción estipulada en la minuta del contrato, pues se evidencio incumplimiento de disposiciones generales y particulares, ineffectividad en el trabajo, informes o registros poco útiles, poco significativos o inexactos, control inadecuado de recursos y actividades cancelados como parte del contrato que fueron pagados sin haberse soportado debidamente, entre otras observaciones como están descritas en la presente providencia en el ítem de la descripción del daño patrimonial.

El señor **OSPINA LUGOS** en condición de contratista, se considera gestor fiscal como quiera que tuvo el manejo de los recursos que comprometieron la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, debido que para poder cumplir con el objeto contractual y para realizar el mantenimiento preventivo y correctivo del sistema hidráulico y mecánico de los vehículos tipo compactadoras de Propiedad de la E.S.P incluía la mano de obra y el suministro de los repuestos requeridos

Así mismo, se suscribe el acta de recibo a satisfacción de los entregables del contrato 073-2022 para el mantenimiento de automotores tipo compactadoras, no habiéndose levantado la totalidad de la información y evidenciándose así falencias en los soportes para establecer las reparaciones realizadas a cada compactadora.

Considera el equipo auditor, que los soportes, entrevistas, la inobservancia del principio de planeación, evidencian el incumplimiento del objeto contratado, el cual no le aporta nada al desarrollo de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia.

De allí que, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas, de suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, además, el artículo 119 de la ley 1474 del 2011 permitió la vinculación

de los contratistas del Estado a los procesos de responsabilidad fiscal, puesto que, en este tipo de investigaciones en las cuales se demuestre la existencia de un daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente con las personas que concurran al hecho hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Se resalta el deber del contratista de prestar el servicio con calidad, eficiencia y eficacia, conforme a lo previsto en el estatuto general de contratación de la administración pública Ley 80 que prevé:

Artículo 3º.- De los Fines de la Contratación Estatal. (...) Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas: (...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse.

(...)

4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

(...)

Por tanto se presume que es responsable solidariamente de los resultados ya descritos, lo que se tradujo en un detrimento al patrimonio de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA reitera este despacho el actuar con **CULPA GRAVE** por parte del contratista, conducta que implica un acto contrario a la buena fe, este existe no solo cuando una persona realiza una conducta que origina el daño patrimonial, sino también cuando se abstiene de hacer una acción (como garante) previendo como resultado necesario e intencional esa misma lesión al patrimonio.

Analizada esta condición por el despacho, concluye que la conducta de los funcionarios frente a este hecho, incidió en el presunto detrimento patrimonial.

3. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS CONDUCTAS DESCRITAS Y EL DAÑO INVESTIGADO

El último de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa efecto entre el daño y la conducta. Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar la responsabilidad fiscal, implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culpable o dolosa del gestor fiscal. Se entiende que no existe tal nexo, cuando en la producción del daño opera una causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero.

Con lo cual se aprecia claramente que la responsabilidad fiscal emerge, no sólo a partir de una acción típica, sino también de una omisión, como quiera que ésta no sólo se origina a raíz de la materialización de actuaciones positivas, sino igualmente por conductas omisivas, de abstención o de inercia comportamental, que para el caso que nos ocupa frente al nexo causal entre las conductas asumidas por los implicados fiscales y el daño patrimonial inferido al Estado a instancias de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, se concretan claramente.

De allí que el Consejo de Estado, a través de su Sección Primera, defina este elemento de la responsabilidad fiscal, como: *“la relación que existe entre un hecho antecedente y un resultado, de forma tal que, si el primero no se hubiere presentado, el segundo tampoco”* [Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 13 de diciembre de 2012, Radicación: 15001-23-31-000-2009-00247-01, Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA].

Para comenzar, el daño al patrimonio público se generó por deficiencias en la planeación precontractual y ejecución del contrato, al haber efectuado el reconocimiento y pago sin los soportes de ejecución correspondientes y sin verificar que lo cobrado por el Contratista y lo pagado por la ESP correspondiera en cantidad, y calidad en relación a lo discriminado dentro del contrato No. 073 de 2022.

El contrato objeto de investigación fue suscrito por el señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO** en su calidad de Gerente para la época de los hechos, actuando como ordenador del gasto y en su facultad de disposición de recursos públicos lo hace un gestor fiscal. Fue así como en ejercicio del cargo firmó el referido contrato, tal y como reposa dentro del expediente en las pruebas obrantes en medio magnético en CD, y por el cual estaba obligado a preservar la inversión correcta de los recursos públicos destinados a unos fines y actividades contractuales que no se

realizaron, generándose el pago del mismo sin el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Respecto al señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, en su calidad de supervisor del contrato N° 073 de 2022, no efectuó el debido control y seguimiento sobre la ejecución del mismo, firmando un acta de recibo a satisfacción de los entregables del contrato, sin la correcta verificación de los documentos que soportaban los informes de cumplimiento del objeto contractual por parte del contratista, y de que los entregables suministrados por el contratista no fueron ejecutados como lo exigen las normas y pliegos del proceso. A sabiendas de que la norma prevé la responsabilidad y la función de los supervisores sobre el seguimiento de la correcta ejecución de los contratos estatales.

Ahora bien, el señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal de la firma EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. identificada con el NIT 901.053.242-1 en su calidad de contratista, era el responsable de ejecutar en su totalidad el objeto del contrato y quien, a pesar de omitir el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo según quedo discriminado en la cuantificación del daño, recibió los recursos públicos en su favor.

Todo lo cual demuestra que, la conducta atrás descrita por parte del supervisor del contrato, señor HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA, el contratista HERZON OSPINA LUGOS , y del Gerente OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO a todas luces es contraria a la aplicación de las normas citadas en precedencia, desde las deficiencias en la etapa de planeación y las irregularidades detectadas en la ejecución del contrato N° 073 de 2022, es así entonces que objetivamente se encuentra demostrado el daño o detrimento al patrimonio.

En tal sentido, teniendo en cuenta como nos lo enseña la jurisprudencia, que la razón jurídica de la responsabilidad fiscal, es la protección del patrimonio público del Estado, en este sentido, su finalidad, es eminentemente reparatoria o resarcitoria, siendo determinada por un criterio normativo de imputación subjetiva que se estructura con base en el dolo y la culpa grave, partiendo de elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente, por lo que quienes cumplen gestión fiscal manejan directamente recursos estatales y les asiste el deber de orientar esos recursos a la realización de finalidades que le incumben al Estado.

Por lo anterior, el Nexo Causal entre tales elementos, aparece evidenciado en la conducta desplegada por los presuntos responsables al omitir dar cumplimiento a los presupuestos pactados, lo que dio como resultado el hecho que produjo merma en el patrimonio en la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRIGINIA.

Responsabilidad Solidaria.

Previamente se determina que la “Responsabilidad Fiscal” es entendida como una obligación pendiente de carácter administrativo declarada por las contralorías por mandato constitucional y legal. Su objeto es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal. Aunado a lo anterior surge entonces “la responsabilidad fiscal en forma solidaria”, la cual tiene como fin el garantizar la efectiva reparación del daño causado por varios, protegiendo a la víctima de la insolvencia de uno de ellos o la dificultad de cobrarle la parte que le corresponde pagar.

Establecido lo anterior, en cuanto a dicha solidaridad, en el Código Civil se ha establecido al tenor del artículo 2344:

“si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355 “, “todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

Lo anterior se debe examinar desde la “Concurrencia de Culpas”, la cual en últimas genera una responsabilidad fiscal en forma solidaria: “cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son su causa eficiente), no se produce una división de la responsabilidad, como si cada uno lleva apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia del 11 de abril de 1994. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo).

Así como también se debe llamar la atención y tener en cuenta para la vinculación de los gestores fiscales la entrada en vigencia del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 que reza:

“Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

En consecuencia, se imputará Responsabilidad Solidaria a los vinculados en este proceso.

FORMULACIÓN DE CARGOS

Por lo expuesto precedentemente, se formulan cargos en el presente Proceso de Responsabilidad Fiscal, en cuantía de **CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE (\$139.804.300)**, como quedó evidenciado en el acápite del daño patrimonial en el caso en concreto, en forma solidaria así:

- El señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, identificado con C.C. No. 75.157.845 en su calidad de Gerente, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, y en esa facultad fue quien firmó el contrato No. 073 de 2022.
- El señor **HERZON OSPINA LUGOS** identificado con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal, para la época de ocurrencia de los hechos, de la firma Contratista EXCAVACIONES SEBRA S.A.S. identificada con el NIT 901.053.242-1 en su calidad de contratista, quien acepto y firmo el Contrato No. 073-2022
- El señor **HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA** identificado con cedula de ciudadanía número 18.502.713, en su condición de Subgerente de Planificación Técnica, Operativa y de Prestación de Servicios de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, quien fue designado como supervisor en la minuta del contrato No. 073 de 2022, quien firmó el acta de recibo y

quien dio fe del recibo a satisfacción de los entregables del contrato. Por deficiencias en la labor de Supervisión.

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA** identificada con el NIT. 860.524.664-6 al haber expedido la POLIZA No. 580-47-994000073370. POLIZA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 073-2022, cuyo AMPARADO O BENEFICIARIO ES: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA, para la época de ocurrencia de los hechos

Sin perjuicio de vincular a otros presuntos responsables de los hechos materia de proceso si en el desarrollo de la investigación conforme a pruebas posteriores, existiere mérito para ello.

AUDIENCIA DE DESCARGOS

El Despacho fija Audiencia de descargos para el día **el día martes Veintiocho (28) de mayo de 2024, a partir de las 9:00 am** en la modalidad VIRTUAL. El link para el desarrollo de la audiencia será remitido oportunamente a los correos electrónicos que reposan en el expediente.

Audiencia a la que podrán concurrir con sus Apoderados, en caso de no comparecer a recibir la notificación personal, este Despacho designará un apoderado de oficio para cada uno de los implicados, a través de los consultorios jurídicos de las universidades.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR Conocimiento y Declarar Aperturado el Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal bajo el radicado **Nº 003-2024** en contra de los señores:

- El señor **OSCAR EDUAR RESTREPO OROZCO**, identificado con C.C. No. 75.157.845 en su calidad de Gerente, quien ostenta la calidad de gestor fiscal por tener capacidad decisoria como ordenador del gasto, y en esa facultad fue quien firmó el contrato No. 073 de 2022.

- El señor **HERZON OSPINA LUGOS identificado** con la cedula numero No.18.608.459 en su condición de representante legal de la firma **EXCAVACIONES SEBRA S.A.S.** identificada con el NIT 901.053.242-1 en su calidad de contratista, acepto y firmo el contrato No. 073-2022, quien debía cumplir con la obligación contractual discriminando en el informe de actividades los suministros requeridos para cada vehículo automotor tipo compactadora y el valor de la mano de obra requerida para el respectivo mantenimiento y/o reparación.
- El señor **HUMBERTO GUTIERREZ CASTAÑEDA** identificado con cedula de ciudadanía número 18.502.713, en su condición de Subgerente de Planificación Técnica, Operativa y de Prestación de Servicios de la Empresa de Servicios Públicos de La Virginia, quien fue designado como supervisor en la minuta del contrato No. 073 de 2022, quien firmó el acta de recibo y quien dio fe del recibo a satisfacción de los entregables del contrato. Por deficiencias en la labor de Supervisión.

SEGUNDO: IMPUTAR responsabilidad fiscal en forma solidaria en contra de las personas relacionadas en el numeral primero, en cuantía no indexada de **CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE (\$139.804.300)**, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente decisión.

TERCERO: Vincular a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA** identificada con el NIT. 860.524.664-6 de acuerdo a la Póliza de Cumplimiento del Contrato No. 073-2022 No. 580-47-994000073370 **AMPARADO O BENEFICIARIO: EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE LA VIRGINIA**, para la época de ocurrencia de los hechos, con todos sus clausulados generales y especiales contenidos en la póliza, en calidad de Terceros civilmente Responsables.

CUARTO: Oficiar a la Empresa de Servicios Públicos de la Virginia a fin de que remita copia de la Póliza global o de manejo para servidores públicos para la vigencia 2022 hasta la actualidad, con todos sus clausulados generales y especiales contenidos en la póliza.

QUINTO: Ténganse como pruebas las aportadas con el hallazgo fiscal y relacionadas en la presente providencia, los cuales las partes tienen la facultad de controvertir en la AUDIENCIA DE DESCARGOS.

SEXTO: Comuníquese la apertura del presente proceso a la compañía de seguros vinculada en calidad de tercero.

SEPTIMO: Notifíquese personalmente la presente a los implicados de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 del 2011 y la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: CITAR A AUDIENCIA INICIAL DE DESCARGOS, de conformidad con el inciso segundo del literal a) del artículo 98 y artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, para **el día martes Veintiocho (28) de mayo de 2024, a partir de las 9:00 am**, diligencia que se llevará a cabo en la modalidad virtual, donde los sujetos procesales podrán intervenir y llevar a cabo a quien corresponda las siguientes actuaciones de conformidad con el Artículo 99 de la Ley 1474 de 2011: 1. Ejercer el derecho de defensa, 2. Presentar descargos a la imputación, 3. Rendir versión libre, 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago, 5. Notificar medidas cautelares, 6. Interponer recurso de reposición, 7. Aportar y solicitar pruebas, 8. Decretar o denegar la práctica de pruebas, 9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos, 10. Formular recusaciones, 11. Interponer y resolver nulidades, 12. Vincular nuevo presunto responsable, 13. Decidir acumulación de actuaciones, 14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

NOVENO: Ordenar la búsqueda de bienes a los imputados y en caso de encontrar información profiérase las medidas preventivas de embargo, para lo cual se librarán los oficios correspondientes.

DECIMO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



DIANA MILENA ROCHA SUAREZ
Profesional Universitario Grado 219-10
Grupo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

P/S: Luz Cielo Orozco Orozco
Abogada- Contratista GRFyJC

Calle 19 No. 13 - 17 esquina, piso 5, Pereira, Risaralda, Colombia
NIT. 891.411.091 - 7 • PBX: (606) 335 5805 • C.P. 660004 Colombia
Correo electrónico: contactenos@contraloriarisaralda.gov.co
Web: www.contraloriarisaralda.gov.co

