

DIRECCION OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL
SUBDIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL
SECRETARIA COMÚN

AVISO
NOTIFICACIÓN POR CORREO ELECTRONICO

Expediente No. 1600.20.07.12.1119

LA SUSCRITA PROFESIONAL ESPECIALIZADA DE LA DIRECCION
OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL
DE SANTIAGO DE CALI,
HACE SABER

Que dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado bajo el
No.1600.20.07.12.1119, ha sido citado para notificarse el señor: ELMER GARCIA
ROJAS y otros, habiéndose enviado la citación siendo devuelta por el correo y
no se ha hecho presente, para notificarse personalmente de la providencia No.
1600.20.07.14.004 de enero 27 de 2014, proferido por el doctor JORGE ELIECER
RUIZ CORREA. Director Operativo de Responsabilidad Fiscal.

Se le informa que contra este auto no procede recurso alguno. Solo procede el
grado de consulta

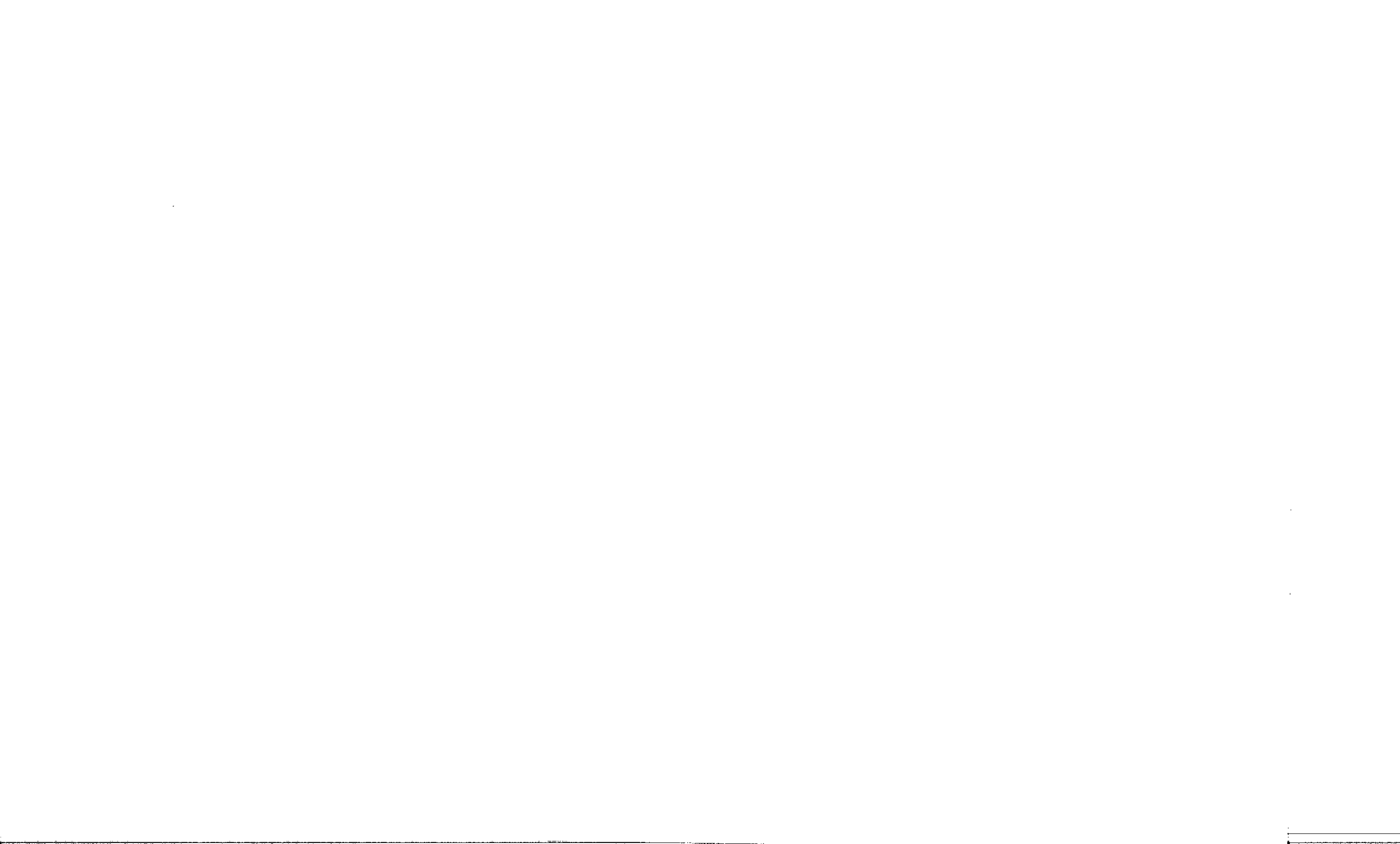
Se le advierte que quedara notificado al finalizar el día siguiente del retiro del aviso
y de la providencia objeto a notificar, fijado en el lugar de acceso al público por
cinco (05) días hábiles a partir del día siguiente de la des fijación del aviso.
Se publican las providencias objeto a notificar y este aviso por la página
electrónica de la Entidad.

Se fija este aviso el 25 de enero de 2014

Se desfija el día 03 de marzo de 2014

Queda notificado el día 04 de marzo de 2014


MAGNOLIA WAGNER GONGORA
Profesional Especializado
Secretaría Común





CONTRALORÍA
GENERAL DE SANTIAGO DE CALI

DIRECCION OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Auto No. 1600.20.07.14.004

Enero 27 de 2014

"POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICION Y SE CONCEDE EL GRADO DE CONSULTA"

EXPEDIENTE 1600.20.07.12.1119

COMPETENCIA

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política artículos 267 numeral 5 en armonía con el artículo 272, Ley 610 de 2000, Acuerdo 0160 de 2005 y el Manual de Funciones, por medio del presente auto procede a desatar el Recurso de Reposición y a conceder el grado de consulta conforme a la decisión adoptada, interpuesto por el tercero civilmente responsable, contra la Resolución No: 1600.20.07.13.006 de Noviembre 5 de 1119 "POR MEDIO DEL CUAL SE FALLA EN UNICA INSTANCIA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL"

EL AUTO RECURRIDO

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, profirió el fallo 1600.20.07.13.006 de Noviembre 5 de 2013 y en su parte resolutive, ARTÍCULO PRIMERO , dispuso : :
"FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL por la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$3.432.149,00) de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, dentro del proceso distinguido con el No. 1600.20.07.12.11192 contra el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS CC No.16.580.445 de Cali, secretario de infraestructura vial y valorización. PARAGRAFO. Consignar en la cuenta corriente No. 301-35266-2 referencia 370 del Banco Helm Bank, a nombre de Consorcio Fiducolombia-Fiducocomercio- Municipio de Santiago de Cali, cuando la presente providencia se encuentre debidamente ejecutoriada."ARTICULO SEGUNDO :**"Dejar a cargo de los Terceros Civilmente Responsables LA PREVISORA S.A. COMPANIA DE SEGUROS NIT No.860.002.400-2 La suma de DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO ONCE PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$2,574,11,75), Póliza No. 1003493 vigencia: 01/08/2011 a 01/02/2012., providencia que fue notificada en estrados el día 5 de noviembre de 2013.**

EL RECURSO

EL apoderado del tercero civilmente responsable Compañía ASEGURADORA la PREVISORA S.A interponen recurso de reposición contra el fallo 1600.20.07.13..006 de Noviembre 4 de 2013,dentro del término legal, con los siguientes argumentos:

NELSON ROA REYES, en su calidad de apoderado de la ASEGURADORA LA PREVISORA, vinculada a la presente instrucción en calidad de tercero civilmente responsable de conformidad con el poder otorgado por el Representante Legal de la misma entidad.....sustenta el RECURSO DE REPOSICION de la siguiente forma:

PRIMERO: FALTA DE COMPETENCIA

Procuró el Despacho de conocimiento desestimar este argumento de defensa, pero se volverá a replicar su procedencia y vigencia, ello por cuanto, según lo afirmado por el ente de conocimiento, el cual ha reiterado en sus actuaciones lo siguiente:

"... Se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías son compatibles con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato Estatal, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso".

En razón, de este argumento medular del instructor de considerar que dentro de su resorte funcional le es dable poder declarar incumplimientos contractuales repasaremos nuevamente los argumentos que ofrece esta defensa así:

En efecto, el artículo 267 de nuestra Constitución Nacional estableció que el control fiscal lo ejercería la Contraloría General de la República. Así mismo, a través del artículo 1 de la ley 610 de 2000, se confirma que el proceso de responsabilidad fiscal será adelantado por la Contraloría.

Sin embargo, de acuerdo con el tercer inciso del artículo 267 de la Constitución Política, comprende el control fiscal, "(...) El ejercicio de un control financiero, de gestión, y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos Ambientales (...)"

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 610 de 2000, "La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
- Un daño patrimonial al Estado
- Un nexo causal entre los anteriores elementos"

Pues bien, teniendo en cuenta las normas anteriormente transcritas, la competencia de las Contralorías se encuentra circunscrita al ejercicio del control fiscal, que como se vio, está relacionada con el control de las acciones relativas al manejo de fondos o bienes públicos, desarrolladas por servidores públicos y por particulares facultados para ello.

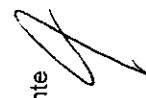
Lo anterior implica que no es posible que la Contraloría declare responsabilidades con ocasión de detrimentos patrimoniales sufridos por el Estado que no estén relacionados con el desarrollo de gestión fiscal, pues en estos eventos, no existirá competencia de las Contralorías para declararlos y pretender su resarcimiento.

Luego, teniendo en cuenta que los hechos que originan la presente investigación, se derivan de los incumplimientos contractuales en la planeación y ejecución del contrato 4151.0.26.005.2011 es decir, incumplimientos contractuales estos, en el entendido de que en estos convenios celebrados que no son otra cosa que acuerdos consensuales de voluntades, pactados entre la administración, firmados por su representante y los particulares para la satisfacción de un determinado propósito y por ello debe conllevar necesariamente a la existencia de relaciones contractuales con sus respectivos incumplimientos, por ende resulta acéfalas e insustentada la base de tal pliego de cargos y grave sería el riesgo de un error jurídico de orden administrativo.

Resulta entonces de palmar entender, que es claro, que este ente juzgador, no es la autoridad competente para determinar, o mejor aún, DECLARAR INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES, mucho menos, para iniciar un procedimiento fiscal bajo la cuerda del proceso de Responsabilidad Fiscal enmarcado éste último por la ritualidad propia de la Ley 610 de Agosto 5 de 2000, con miras a lograr el resarcimiento económico de los perjuicios sufridos como consecuencia de dichos incumplimientos contractuales.

SEGUNDO: INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN DOLOSA POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ENTIDAD INDERVALLE POR LOS HECHOS QUE HAN SIDO OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

Adicional y complementario al argumento anterior deberá tenerse en cuenta la siguiente consideración de orden estrictamente jurídica.



La Sentencia de constitucionalidad C-619, del 8 de agosto de 2002, expedida por la H. Corte Constitucional, con ponencia de los H. Magistrados Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, declaró inexecutable el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000 por virtud del cual "El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será de culpa leve".

Lo anterior por cuanto, a la luz de lo expuesto por la H. Corte Constitucional el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó en el artículo 90 para la responsabilidad patrimonial del funcionario público frente al estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que la declaración de responsabilidad fiscal se accede por vía administrativa y a la patrimonial por vía judicial.

ENCUENTRA LA CORTE, ENTONCES, QUE SÓLO SE PODRÁ DECLARAR RESPONSABLE FISCALMENTE A UN FUNCIONARIO PÚBLICO QUE HAYA ACTUADO CON DOLO.

Ahora bien, en la presente investigación, en el auto atacado, auto No. 1600.20.07.13.006, en base a la sentencia citada por el ente de conocimiento, en la que se señala, que la conducta del agente debe ser dolosa o gravemente culposa para que se pueda hablar de responsabilidad fiscal, el ente juzgador de este proceso de control fiscal, señala que la actuación del funcionario público fue y está encuadrada, en el actuar con Culpa grave, y en el auto atacado, la define así, según el Código Civil en su Artículo 63:

Culpa Grave: "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. Esta culpa en materia civil equivale al dolo".

Ante lo anterior, debo señalar que la Contraloría, realiza la gestión de encuadrar, la conducta del funcionario, en el entendido de que el servidor público, investigado en el proceso de responsabilidad que nos ocupa, actuó, bajo la modalidad de una conducta gravemente culposa, y que en este entendido, se cumple los parámetros para que se configure, el detrimento al estado, como lo señala la Corte, en la citada jurisprudencia, pero debo aclarar, que el ente fallador dentro del proceso que nos ocupa, nunca se dispone a analizar, la situación a fondo, de ver si nos encontramos, ante, una clara conducta que arroja el actuar del servidor público, bajo la modalidad, de un actuar bajo el parámetro de Culpa Leve, respecto de la cual el Código Civil en su Artículo 63, señala lo siguiente:

Culpa leve: "Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano".

En el caso que nos ocupa, no existen en el expediente pruebas que acrediten el desarrollo de actividades dolosas, ni se podría predicar el máximo descuido inexcusable, siendo que si bien el funcionario contrato con el contratista la compra de los equipos, el funcionario, informo, que no se podían colocar en funcionamiento, y nunca, lo anterior adicionado, que en la presente contratación el implicado, solicitó los conceptos de otros funcionarios, que debieron haber sido vinculados al presente juicio de responsabilidad fiscal, así entonces, la actuación del funcionario, nunca debe de encuadrarse como gravemente culposa, en el entendido como se señala en la providencia atacada, como equivalente al máximo descuido, nadie, medianamente prudente, va a cometer en un cargo de tal importancia una conducta que arroje como resultado causante de un posible daño, un máximo descuido, por parte del funcionario de la entidad contratante, sino que por el contrario estaríamos hablando de un descuido y negligencia propia de la cual los hombres emplean en sus propios negocios, como se señala en el Código Civil en su Artículo 63 inciso 2º respecto de lo que conoce como culpa leve, situación que se observa en la conducta propia del funcionario de la Entidad de la SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACION en relación con los hechos que nos ocupan en el presente caso.

Por tal motivo, puede concluir la Contraloría que el funcionario adscrito a la entidad pública e involucrada en este caso actuó de una manera "confiada" o que no se tuvo la suficiente precaución en relación con el cumplimiento de los contratos.

Pero lo que de ninguna manera puede concluir la Contraloría es que el proceder de los correspondientes funcionarios y representante legal de dicha entidad haya tenido su origen en la mala fe o en el despliegue de actividades artificiosas tendientes a deteriorar el patrimonio público, razón por la cual no puede imputárseles a los mismos, una mala fe o dolo, requisito esencial, para poder endilgar responsabilidad fiscal, conforme a nuestro vigente y actual ordenamiento jurídico.

TERCERO: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA ASEGURADORA LA PREVISORA SEGUROS S.A. DE ACUERDO A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA POLIZA DE SEGURO No. 1003493.

De acuerdo a nuestra actual legislación comercial y en especial a la estricta literalidad de las condiciones generales de la póliza, las cuales contractualmente forman parte integral de la

misma póliza de seguros conformando un todo común e invisible y cuyo texto reposa en la foliatura de rigor del proceso fiscal, en el cuaderno anexo hoja 3, de la póliza de manejo No. 1003493, se advierte claramente lo siguiente:

HOJA ANEXA No.2 DE LA POLIZA DE MANEJO No. 1003493 DE LA CUAL FORMA PARTE INTEGRANTE

4.6.2 COBERTURAS OBLIGATORIAS

Se cubren el detrimento patrimonial del municipio de Santiago de Cali, con ocasión de las pérdidas económicas causadas por funcionarios públicos y/o servidores públicos o contratistas, o a través de cualquier modalidad de contratación por eventos tales como:

- Abuso de Confianza
- Hurto
- Hurto Calificado
- Falsedad
- Estafa
- Conductas Contempladas como delitos contra el patrimonio económico
- Empleados no identificados (50% de la suma asegurada principal).
- Empleados de firmas especializadas (50% de la suma asegurada principal).
- Empleados de firmas temporales, cooperativas, Eat, Cat. (50% de la suma asegurada principal).
- Depósitos Bancarios.
- Bienes de terceros dejados bajo su cuidado, control o tenencia.

Es decir, que de acuerdo a lo predicado por el Despacho de conocimiento según sus propios análisis, y valoración del recaudo probatorio legalmente allegado al proceso, es concluyente señalar que, dentro de las coberturas pactadas en el contrato de seguro suscrito entre las partes, ante la luz de la póliza de seguros No. 1003493 de la aseguradora LA PREVISORA S.A, en ninguna de esta cobertura aparece, el detrimento al Estado por Responsabilidad fiscal por parte del servidor público, lo que señala, que NO EXISTE amparo que obligue a la compañía LA PREVISORA S.A, a responder o indemnizar al ente estatal, por concepto de detrimento, en el presente proceso de Responsabilidad Fiscal.

Con lo anterior se confirma que la aseguradora LA PREVISORA S.A, no puede estar llamada a responder pecuniariamente cuando las conductas reprochadas materia del presente debate realizadas por el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS como secretario de Infraestructura y Valoración, NO se encuentra amparadas literalmente como coberturas dentro de la Póliza de Seguros No. 1003493, en consecuencia no existe razón legal que obligue a la aseguradora a pagar o responder pecuniariamente por una conducta no cubierta amparada en el contrato de seguros, el cual es la ley para las partes y en caso de una condena grave sería el riesgo de un error administrativo de orden fiscal.

CUARTO: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A, POR CARENCIA DE COBERTURA FRENTE A LA REALIZACION DE LOS HECHOS.

Ahora bien, como se ha indicado hasta la saciedad en anteriores actuaciones pero con la mala fortuna de no ser escuchado, volveré a insistir este censor de la defensa, en lo siguiente:

En una errada interpretación de la lectura de la póliza, la funcionaria instructora, como equivocadamente de la póliza de marras, el concepto de intereses asegurados, por ello nos vemos obligados a realizar las siguientes precisiones: El interés asegurado consiste según el Artículo 1083 el Código de Comercio, es el que tiene toda persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo, es decir es la generalidad.

Por su parte la COBERTURA de la póliza, consiste en aquellos riesgos o sucesos específicos, claramente determinados y cuantificados, que efectivamente serán materia de la exigibilidad del seguro y que se especifican claramente en la póliza como tales, de ahí la importancia que frente a un determinado siniestro se tenga o no cobertura, que se traduce simplemente en ser o no derecho al pago de ese siniestro ocurrido por estar cubierto, es decir la especie.

Por ello al no haber COBERTURA, no puede predicarse como válida la interpretación dada por el Despacho de turno, para fulminar semejante decisión que ordena pagos, por fuera primero del parámetro contractual, suscrito interpartes y segundo por fuera de las más mínimas normas sustantivas que regulan el contrato de seguro.

Como si lo anterior fuera poco, debemos indicar que no puede acomodarse tan fácilmente, el simple sobre costo económico derivado de un incumplimiento contractual como el acontecido a una suma determinada, establecida y física de dinero como la que señala la póliza, esto necesariamente frente al derecho de seguros, constituye un despropósito y grave sería el riesgo de un error administrativo de orden jurídico y que al paso conspira abiertamente contra la esencia misma del contrato de seguro.

Además, nuevamente consideramos que se debe tener en cuenta a esta altura del análisis --- planteado, que el contrato de seguro solo puede amparar los daños ocasionados dentro de la vigencia de la póliza, es decir, durante el periodo en el cual la aseguradora se obligó a amparar los riesgos, solo a su asegurado y en las condiciones y limitaciones establecidas.

Quiere decir lo anterior que no se puede argumentar responsabilidad a cargo de la aseguradora LA PREVISORA S.A, principalmente la de orden patrimonial por cuanto por cuanto la póliza ya referida, no tiene o se refiere al amparo o cobertura que argumenta el Despacho, por cuanto aunque pueden ser materia como generalidad, no aparecen en la COBERTURA como señala el instructor, es por ello que la misma póliza consagra cuales son los parámetros de dicha cobertura y la reglamentación por SECCIONES ESPECIFICAMENTE DETERMINADAS y de ahí la sugerencia la funcionario de conocimiento de realizar un análisis integral del tea de los seguros y en especial de este contrato de seguros y su correspondiente póliza.

Corolario de todo lo anterior, diremos que no se puede argumentar responsabilidad a cargo de la aseguradora LA PREVISORA S.A. En consecuencia, la Contraloría no puede obligar a mi representada, a pagar una indemnización sin causa jurídica y sin existir una adecuada relación contractual derivada del contrato de seguro suscrito con la plurimencionada entidad, entendiéndose que de acuerdo a la Ley 80 solo se puede exigir la garantía única a la aseguradora cuando este absolutamente demostrado su exigibilidad.

Por todo lo anterior resulta contrario a derecho cualquier acción que comporte o pretenda reclamar retroactivamente a la aseguradora valor alguno cuando la responsabilidad de la aseguradora nunca ha existido, en atención a las condiciones precisas consagradas en estricta literalidad de la misma póliza.

Razón por la cual debe predicarse por este censor que se debe proceder a desvincularse a la aseguradora del proceso de Responsabilidad Fiscal que nos ocupa por haberse presentado el cese de su responsabilidad, además por cuanto además la aludida póliza de Multirisgo como se ha indicado en los renglones inmediatamente anteriores, no conlleva los amparos mencionados en el anterior punto de estos argumentos.

De una simple lectura resultara necesario concluir que las irregularidades de tipo administrativo detectadas en la ejecución de los cuestionados contratos no corresponden o se encuadran dentro de los amparos básicos que conlleva dicha póliza y como ya se explicara la correspondiente al Manejo Global Comercial opera solamente para pérdidas de empujados no identificados, lo cual al caso subexamine no aplica.

Por todo lo anterior se debe predicar y que con tanta insistencia se hace que se desvincule a la ASEGURADORA LA PREVISORA S.A de dicho Fallo.

QUINTO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO DE ACUERDO AL CODIGO DE COMERCIO.

De acuerdo con las condiciones generales y particulares de las pólizas de cumplimiento, la prescripción derivada del contrato de seguro se regiría conforme a lo establecido en la Ley. La legislación colombiana, en el artículo 1081 del Código de Comercio, establece que las prescripciones derivadas del contrato de seguro, se sujetaran a lo siguiente:

"La prescripción del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento que nace el respectivo derecho.

Estos términos no podrán ser modificados" (Negrilla fuera de texto).

Luego, teniendo en cuenta lo señalado tanto en el auto de imputación y como en el fallo de responsabilidad fiscal, los supuestos siniestros derivados de los tan mencionados incumplimientos contractuales se han configurado en un término mayor de dos años.

Luego, si los hechos que dieron base a la acción ocurrieron hace más de dos años, según lo señalado en las propias providencias de responsabilidad fiscal, para esta fecha han transcurrido, a todas luces, más de dos (2) años, razón por la cual las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas a la luz de nuestra legislación comercial sustantiva.

SEPTIMO: VALOR DEL DEDUCIBLE PACTADO

Resulta importante mencionar que de la suma a que se pudiera ver obligada eventualmente a cancelar la ASEGURADORA LA PREVISORA S.A., se tiene que descontar el deducible pactado de ese valor por las partes en caso de siniestro y que no es otra cosa que el valor que asume directamente el asegurado por la pérdida.

Este deducible se encuentra consagrado en la misma póliza y se debe descontar de la imposición de la suma, que pueda remotamente ser obligada a cancelar por parte de mi representada.

OCTAVO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

Se invoca el presente medio exceptivo de defensa, advirtiendo que con ello no se acepta o reconoce derecho u obligación alguna a cualquiera de las partes involucradas, vinculadas y por vincular en el presente debate.

CONSIDERACIONES DE LA DIRECCION

Se confirma por esta Dirección que la secretaria de infraestructura Vial y Valorización, es sujeto de control fiscal, al tenor de lo reglado en el art. 3° de la Ley 42/93, representada para la época de los hechos por su secretario el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS, ordenador del gasto y gestor fiscal; calidad que aparece acreditada con Acta de Posesión No. 3024 del 12 de agosto de 2011. (Folio- 78)

Se tiene certeza que el 30 de septiembre de 2011 que el investigado adquirió mediante el Contrato No. 4151.0.26.2.005.2011 equipo refrigerante del que no consideró previamente sus condiciones técnicas existentes en el lugar de su colocación ni sus obras complementarias. Obligó a la entidad sin prever que su conducta conllevaba a no cumplir los fines perseguidos por la entidad, si hubiese sido diligente y hubiere actuado acorde con los principios constituciones y de ley, para el caso bajo examen, el de Planeación, no hubiera acontecido el hecho que produjo el detrimento aquí detectado.

Ahora bien se demostró que la secretaria de infraestructura vial y valorización, requirió de un nuevo contrato con el fin de poder poner en servicio los aires acondicionados que fueron adquiridos por el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS, el cual según lo estableció el informe de funcionario de la contraloría fue de **TRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$3.432.149,00)**.


El Doctor ELMER FABIO GARCIA en su calidad de SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION, fue quien suscribió el contrato No 4151.0.26.2.005.2011 del 30 de septiembre de 2011, sin tener en cuenta que el edificio del CAM no posee disponibilidad para redes trifásicas, características que se establecieron en el contrato, con el agravante que el mismo fue quien elaboro los estudios previos y de conveniencia de dicho contrato.

Hechas estas apreciaciones es justo efectuar un análisis sobre el recurso presentado por el tercero civilmente responsable así:

“FALTA DE COMPETENCIA”

En efecto, el artículo 267 de nuestra Constitución Nacional estableció que el control fiscal lo ejercería la Contraloría General de la República. Así mismo, a través del artículo 1 de la ley 610 de 2000, se confirma que el proceso de responsabilidad fiscal será adelantado por la Contraloría.

Sin embargo, de acuerdo con el tercer inciso del artículo 267 de la Constitución Política, comprende el control fiscal, “(...) El ejercicio de un control financiero, de gestión, y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos Ambientales (...)”.....”



(.)
"Pues bien, teniendo en cuenta las normas anteriormente transcritas, la competencia de la Contraloría se encuentra circunscrita al ejercicio del control fiscal, que como se vio, está relacionada con el control de las acciones relativas al manejo de fondos o bienes públicos, desarrolladas por servidores públicos y por particulares facultados para ello.

Lo anterior implica que no es posible que la Contraloría declare responsabilidades con ocasión de detrimentos patrimoniales sufridos por el Estado que no estén relacionados con el desarrollo de gestión fiscal, pues en estos eventos, no existirá competencia de las Contralorías para declararlos y pretender su resarcimiento.

Luego, teniendo en cuenta que los hechos que originan la presente investigación, se derivan del suscribir un contrato sin establecer la condiciones de operatividad de los mismos; Es preciso reiterar lo dicho con relación a los sujetos de control y la calidad de gestor fiscal, en atención a las aseveraciones formuladas por el Doctor NELSON ROA REYES, apoderado de la aseguradora **LA PREVISORA S.A.:**

Se ha dicho hasta la saciedad que la secretaria de infraestructura vial y valorización, es punto de control fiscal, al tenor de lo reglado en el art. 3º de la Ley 42/93, representado para la época de los hechos por su secretario de despacho el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS, ordenador del gasto y gestor fiscal; calidad que aparece acreditada con el acta de de Posesión (Folio-78).

Reitero conforme el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, se tiene que gestión fiscal es 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.

El señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS conforme sus funciones y entre otras las asignadas como SECRETARIO de despacho ejerce las acciones de presupuestación, recaudo, conservación, inversión, compromiso, ejecución de sus recursos y rendición de cuentas entre otras, con sujeción a la reglamentación pertinente, contemplándose entre sus responsabilidades las relacionadas con la contratación, funciones todas enmarcadas en el concepto de gestor fiscal.

Por su parte contempla el decreto 4791 de 2008 en su artículo 20. *Responsabilidad fiscal y disciplinaria.* " Siempre que el Estado sea condenado con ocasión de **obligaciones contradas en contravención de lo dispuesto en la ley y el presente decreto**, la entidad territorial certificada procederá a **iniciar los proceso de responsabilidad disciplinaria y fiscal** a que haya lugar, y a ejercer la acción de repetición de conformidad con la ley contra los servidores públicos que resultaren responsables de dicha contravención o contra los miembros del consejo directivo, cuando estos últimos no fueren servidores públicos." (lo resaltado es fuera del texto). "

Por su parte este organismo de control, concededor de la gran relevancia e importancia que tiene la institución del debido proceso, como pilar fundamental del Derecho Procesal, dentro del derecho colombiano, que posee un tinte fundamental dentro de nuestra Constitución Política, siendo de aplicación no solo para las actuaciones judiciales, sino también para todas las actuaciones que se hagan por parte de la administración pública, consagrado en el artículo 29 de nuestra carta, esta dirección siempre en todas sus actuaciones ha sido respetuoso del este mandato Constitucional que preceptúa:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio..."
(negrilla fuera de texto).

Respecto a la necesidad de la observancia del concepto de **Juez Natural**, en aras de cumplir con el mandato constitucional del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales, como reza la Constitución Política, ha habido entre otros los siguientes pronunciamientos de las Altas Cortes:

En Sentencia **C - 597** de noviembre 6 de 1996, la Corte Constitucional en Sala Plena, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, dijo:

"(...)

*"La Corte coincide con el actor en que una de las garantías establecidas por la Constitución es que el órgano sancionador haya sido previamente determinado por la ley, pues es una conclusión lógica de la aplicación al derecho punitivo administrativo del principio del artículo 29 según el cual **toda persona tiene derecho a ser juzgada ante su juez natural**, el cual debe estar previamente determinado por la ley.*

Ahora bien ¿cuál es el significado y contenido de esta garantía? La Corte considera que de esta manera se pretende ante todo asegurar a quien es investigado que va a ser juzgado por un órgano no sólo previamente conocido sino además imparcial e idóneo para tal efecto, esto es, que la persona no va a ser sometida a tribunales de excepción o a órganos ad hoc, que carezcan de la imparcialidad y capacidad profesional necesarias para asegurar un juicio justo. Por consiguiente la ley debe determinar no sólo cuál es la institución encargada de adelantar la investigación e imponer las sanciones, sino que también debe prever el procedimiento para la designación de los miembros que componen el órgano sancionador, así como los requisitos que éstos deben cumplir. Sin embargo, se interroga la Corte ¿significa lo anterior que la ley debe establecer de manera rígida y definitiva no sólo cuál es el órgano sancionador sino quiénes son sus integrantes permanentes? ¿O puede la ley establecer un procedimiento flexible de integración del órgano competente, siempre y cuando determine con precisión cuál es éste órgano?

La Corte considera que para responder a este interrogante es necesario tener en cuenta que la función administrativa, conforme a la Carta, se desarrolla con fundamento, entre otros principios, en la delegación y desconcentración de funciones (CP art. 209). Igualmente, como ya se vio, la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, pues en el fondo el interés protegido por esta norma es que la persona sepa qué órgano lo va a juzgar, y además tenga la garantía de que esa institución es imparcial e idónea para conocer del asunto"
(negrillas fuera de texto).

En Sentencia **SU - 620** de noviembre 13 de 1996, la Corte Constitucional en Sala Plena, con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, dijo:

547

"(...) d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P., art. 209), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del artículo 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competentes), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho" (negrilla fuera de texto).

El Concepto OJ - 0127 de 1999 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, que señala: "(...)

La función constitucional a cargo de la Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Distritales Y Municipales, de establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal se efectúa con autonomía e independencia de las tareas que corresponden a los otros órganos de control y a las ramas del poder público, por consiguiente no es requisito previo el pronunciamiento de otra entidad de control o de la rama jurisdiccional, para que las contralorías expresen sus dictámenes a través del proceso de responsabilidad fiscal, empero no puede dejarse de lado el fenómeno de la prejudicialidad, el cual deberá ser objeto de análisis en cada situación concreta, para efectos de su eventual aplicación".

De cara a la normativa se tiene que la función constitucional de establecer la responsabilidad fiscal la ejerce la Contraloría General de Santiago de Cali, en ejercicio de las facultades conferidas por la Carta Política así: :

.. " Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación

En su artículo 268 numeral 5, dete4rmino entre las atribuciones del Contralor General de la república, "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 sobre los alcances deducidos de de la misma"

Por su parte el artículo 272 de la Constitución política.: " La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos , distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se

9

ejercerá en forma posterior y selectiva....." "Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas Colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal".

Es claro que la facultad otorgada al Contralor General de la República, y tomando como referencia el artículo 272 de la Constitución Política: fue conferida para efectos de optimizar la función de vigilancia y control fiscal, es decir, la intención del constituyente fue dotar al Contralor, de una herramienta que le permitiera exigir a la Administración y más exactamente a los servidores públicos, como a los particulares que manejen fondos o bienes del estado, responsables del manejo o administración de recursos públicos, el cumplimiento de sus funciones para con este organismo de control fiscal.

Por su parte la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, de cuya ponencia se ocupó el magistrado, doctor Jaime Araujo Rentería, enseña:
(...)

"En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política, la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económicos formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados (...)

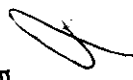
Siendo claro para esta agencia fiscal que el señor ELMER FABIO GARCIA ROJAS, como SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACION, funge como su Representante legal, ostentando la calidad de ordenador del gasto y gestor fiscal; para la época de los hechos y como tal sujeto del proceso de responsabilidad fiscal que ejerce la Contraloría General de Santiago de Cali, NO ACEPTÁNDOSE lo afirmado por el señor apoderado en su escrito como es :

(..)

"Lo anterior implica que no es posible que la Contraloría declare responsabilidades con ocasión de detrimentos patrimoniales sufridos por el Estado que no estén relacionados con el desarrollo de gestión fiscal, pues en estos eventos, no existirá competencia de las Contralorías para declararlos y pretender su resarcimiento..."

Es importante establecer que este despacho no está declarando ningún incumplimiento contractual, por el contrario lo que determino el despacho fue la existencia de un daño patrimonial como consecuencia de una conducta del gestor fiscal a celebrar un contrato sin tener en cuenta previamente sus condiciones técnicas existentes en el lugar de su colocación ni sus obras complementarias; lo que obligó a la entidad sin prever que su conducta conllevaba a no cumplir los fines perseguidos por la entidad

Afirma el doctor: NELSON ROA REYES SEGUNDO:



"INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN DOLOSA POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ENTIDAD INDERVALLE POR LOS HECHOS QUE HAN SIDO OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN. "

"La responsabilidad fiscal está integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un **nexo causal** entre los dos primeros elementos"

"Así las cosas, demostrada como lo está la ocurrencia de un hecho, resulta ineludible pronunciarse respecto de la capacidad del gestor fiscal atado al presente informativo, aclarando que el funcionario es **SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA VIAL Y VALORIZACIÓN** y no de **INDERVALLE**.

Conforme al fallo recurrido es justo recordar que la conducta establecida por el despacho fue de culpa grave o gravemente culposa dada la infracción y desconocimiento de sus deberes funcionales y los preceptos y principios que rigen la contratación estatal, por ende el despacho nunca estableció **DOLO** como la conducta a reprochar, y la misma conforme a las pruebas allegadas y conforme a la sana crítica pudo establecer que dicha conducta no puede catalogarse como leve; dado que la misma se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano".

Plantea el doctor NESON ROA, entres sus argumentos:

TERCERO: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA ASEGURADORA LA PREVISORA SEGUROS S.A. DE ACUERDO A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA DE SEGURO No. 1003493.

CUARTO: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD A CARGO DE LA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A. POR CARENCIA DE COBERTURA FRENTE A LA REALIZACIÓN DE LOS HECHOS.

El recurrente no puede desconocer que el contrato de seguro tiene condiciones generales, y particulares las cuales las consagra la póliza plasmadas en la misma y se incorporan a ella, por estas condiciones **LA COMPAÑÍA** de seguros **LA PREVISORA** ampara a la **ENTIDAD ASEGURADA (MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALL-** secretaria de Infraestructura Vial Y Valorización) contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus servidores públicos en el ejercicio de los cargos amparados, por actos y omisiones que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad fiscal.

Contemplan las condiciones de la : **PÓLIZA GLOBAL DE MANEJO SECTOR OFICIAL (...)** **SINIESTRO :**

.. "Se entiende ocurrido el siniestro cuando la entidad estatal asegurada sufra una pérdida patrimonial como consecuencia de una conducta de sus servidores públicos en el ejercicio de un cargo amparado, o con ocasión de éste, que se tipifique como delito contra la administración pública, o actos que den origen a un fallo con responsabilidad fiscal contra el servidor público, siempre y cuando el hecho haya sido cometido dentro de la vigencia de la póliza."

"DEFINICIONES:"

"Para los efectos del presente contrato de seguro, los términos que se relacionan a continuación tendrán el siguiente alcance y significado:

"A. SERVIDOR PÚBLICO: Para efectos de la presente póliza, se entenderá como servidor público la persona natural que presta sus servicios a la entidad estatal asegurada, vinculada a ésta mediante contrato de trabajo o nombramiento por decreto o resolución, cuyo cargo haya sido amparado mediante la póliza de seguro"

"B. ORDENADOR DEL GASTO: Es el servidor público que tiene la capacidad legal de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, en función de la ejecución del presupuesto....."

Se está en el presente caso frente a un siniestro y ante una obligación legalmente exigible, no aceptando este despacho lo dicho por el señor apoderado como es. "Por lo tanto reitero, en el caso que nos ocupa, ante la inexistencia del siniestro, inexigibilidad de la obligación, y por ende exclusiones de responsabilidad, debe el fallador desvincular a la PREVISORA S.A del proceso de Responsabilidad Fiscal"

QUINTO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO DE ACUERDO AL CODIGO DE COMERCIO.

Con relación a lo expuesto por el señor apoderado frente a la presunta caducidad o prescripción del hecho, el despacho no acepta lo expuesto por el señor apoderado si se tiene en cuenta que durante la vigencia de la póliza ocurrió el hecho y para los procesos de responsabilidad fiscal el requisito es la vinculación formal que el despacho conforme a la ley 610 de 2000, norma especial que rige estos procedimientos.

SEPTIMO: VALOR DEL DEDUCIBLE PACTADO

El despacho en el fallo tuvo en cuenta dicha situación por ende se deja constancia que dicha situación se tuvo en cuentas en el fallo.

OCTAVO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

No es aplicable al caso

En este orden se ha demostrado la existencia del hecho que comprometen seriamente la responsabilidad fiscal del sujeto procesal vinculado a este proceso, hechos que son de la cobertura de la póliza global de manejo sector oficial, por cuanto la misma ampara a los organismos contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus empleados en el ejercicio de los cargos amparados, por actos que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal siempre y cuando el hecho sea cometido dentro de la vigencia de la presente póliza.

El despacho considera pertinente modificar el parágrafo del artículo primero del auto 1600.20.07.13.006 del 5 de noviembre de 2013 en el sentido de informar que la cuenta donde se debe consignar no es la de banco HELM BANK, sino la cuenta de banco de Bogotá Nro. 484117163.

Por lo anteriormente expuesto

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes, el Fallo No. 1600.20.07.13.006 de noviembre 5 de 2013, conforme las consideraciones de este proveído.

ARTICULO SEGUNDO: Conceder el grado de consulta ante la Secretaría General de la Contraloría General de Santiago de Cali, para lo cual se le trasladará el expediente, para que lo resuelva, una vez notificada esta providencia, conforme a lo ordenado en el artículo tercero del Fallo No. 1600.20.07.13.006 de Noviembre 4 de 2013.

ARTICULO TERCERO: Notificar esta providencia, a los sujetos procesales y/o apoderados

ARTICULO QUINTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Dado en Santiago de Cali a los veintisiete (27) días del mes de enero de dos mil catorce (2014).



JORGE ELIECER RUIZ CORREA
Director Operativo de Responsabilidad Fiscal

