

**DESCARGOS CON SOLICITUD
DE NULIDAD DEL AUTO DE
IMPUTACIÓN**

**No.1535 del 30 de noviembre
de 2020**

PRF-2018 - 01205

Villavicencio, Diciembre 28 de 2020

Doctor

RAFAEL GERMAN ARIZA MARTINEZ

Contralor Delegado Intersectorial No.3

Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías

Contraloría General de la República

Bogotá D.C.

Correo Institucional: responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

ASUNTO: DESCARGOS

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 2018 – 1205

INVESTIGADO: ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ

ANA DELVIA GUZMAN VIRGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N° 21.238.751, expedida en Villavicencio, con Tarjeta Profesional N° 131.091 del C. S. de la J, actuando en mi condición de apoderada del Ingeniero ORLANDO GUZMÁN VIRGUEZ, me permito presentar descargos en el presente proceso de responsabilidad fiscal No.2018 -1205, con relación al cargo formulado a mi representado en el Auto No.1535 del 30 de noviembre de 2020; pero antes de referirme a los argumentos de defensa, sustentaré solicitud de nulidad del Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, en los siguientes términos:

**I. SOLICITUD DE NULIDAD DEL AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL
No.1535 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2020**

El Artículo 36 de la Ley 610 de 2000, señala que la violación al derecho de defensa del implicado; y la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, son causales que generan la nulidad procesal. En cuanto al debido proceso, este ha sido entendido como:

“el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos”.

Dicho derecho comprende un conjunto de garantías y de:

"...principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, de ley preexistente, el principio de juez natural o legal, las formas propias de cada juicio, la favorabilidad, el derecho a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar y controvertir las pruebas, a la impugnación y la doble instancia, a la cosa juzgada (en materia judicial), entre otros".

En cuanto al caso concreto del proceso de responsabilidad fiscal, el máximo Tribunal Constitucional, ha establecido que aquél abarca la:

"legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), principio de congruencia, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a impetrar nulidades, interponer recursos, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

Este derecho constitucional de carácter fundamental, es un derecho complejo en cuanto que de él se desprenden otros derechos y principios que tiene una relación próxima y cercana en doble vía, en tanto que las partes constitutivas no pueden aplicarse sin concebirse dentro de la síntesis legal, ni este sin el escrutinio analítico. Así, el derecho de defensa, si bien tiene una aplicación contigua, pierde su contexto, sino se relaciona en forma directa con el debido proceso, en cuanto génesis de aquél, predicándose una relación de género y parte.

Uno de los principios parte del debido proceso, es el derecho de contradicción y defensa, el cual ha sido de especial consideración por parte del constituyente.

En la Sentencia C- 491 de 1995, la Honorable Corte Constitucional señaló:

"La ritualidad o formalidad de los actos procesales y el procedimiento a recorrer para la realización del proceso, no constituyen simplemente un capricho del legislador sino una garantía constitucional o derecho fundamental de los ciudadanos, en la medida en que éstos de antemano deben conocer las reglas que han de ser observadas por el juez, y las partes en desarrollo del proceso, a fin de que el juez ejerza cumplidamente sus funciones y las partes hagan lo propio con sus derechos. La inobservancia de una de

ellas, el cambio de cauce que la ley ha dado al procedimiento, constituyen indudablemente una violación de la garantía constitucional del debido proceso".

CAUSALES DE NULIDAD Y SUSTENTACIÓN.-

Con la expedición del Auto de imputación de responsabilidad fiscal No.1535 del 30 de noviembre de 2020, se incurrió por parte de la Contraloría en la violación del derecho de defensa del implicado; y comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, causales taxativas plasmadas por el legislador en el Artículo 36 de la Ley 610 de 2000, como paso a explicar:

1. El Auto referido no cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 48 de la Ley 610 de 2000, el cual señala: **ARTICULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** "(...) *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**".

- **EN CUANTO A LA IDENTIFICACIÓN PLENA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.-**

El Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No.1535 fue proferido el 30 de noviembre de 2020; sin embargo, en la página 11 del proveído se dice que ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, laboró desde el 10 de julio de 2014, hasta la fecha; es decir, hasta el 30 de noviembre de 2020, lo cual no es cierto, por cuanto su desvinculación como Gerente de EDESA S.A. ESP., data del 10 de enero de 2020.

De otra parte, en la página 28 del Auto, la Contraloría sostiene que: el Profesional JAMES ORJUELA GAMBA, presenta al Despacho escrito aclarando y complementando su informe técnico, señalando lo siguiente:

"(...),al respecto manifiesto que el presunto daño se debe a mala calidad de la obra ejecutada..."

En la página 29, se dice en el Auto:

"Comprobándose, además, con fundamento en el Informe Técnico presentado por el profesional de la CGR JAMES ORJUELA GAMBA (que obra a los folios 103 al 113 del PRF),

que no existió diferencia en las cantidades de obras dentro del contrato 432 de 2012, así: "...no se evidencia diferencia en cantidades entre lo ejecutado y lo recibido. De lo que se concluye que no hay discrepancia en las cantidades de obra". Pero sí mala calidad en uno de los ítem del contrato ejecutado". Subrayado y negrilla fuera de texto)

En las páginas 12 y 44 del Auto acertadamente la Contraloría indica que el interventor designado por EDESA S.A. ESP., es el Ingeniero ALEJANDRO ORDOÑEZ LAGOS, mediante la Resolución No.040 del 22 de enero de 2014.

En la página 13, literal d) del Auto, en el acápite de indicación de pruebas se dice: (En la carpeta No.4 del CD, se allegó copia en pdf de las minutas de estos contratos y copias de las Resoluciones de asignación de interventor.

En la página 15 del Auto, el operador fiscal relaciona los dos interventores: GELBER AUGUSTO GARCÍA VEGA y ALEJANDRO ORDOÑEZ LAGOS; pero más aún, en la página 25 los relaciona, con sus nombres completos, identificación, número de contrato de interventoría y el periodo en el que ejercieron como tal.

En la página 24 del Auto No.1535, en su último párrafo, acertadamente indica la Contraloría que:

En cuento a la interventoría del contrato 432 de 2012, la ejerció directamente la Empresa de Servicios Públicos del Meta S.A. ESP., a través de los Ingenieros que contrató como Apoyo a la Gestión de Interventoría, los cuales fueron contratados mediante Contrato de Prestación de Servicios para realizar el apoyo a la interventoría técnica, administrativa y financiera"; y los relaciona en la pagina 25.

En virtud de lo anterior, se pregunta esta defensa ¿para qué o con qué fin entonces el funcionario investigador allegó toda esta información de los interventores, debidamente documentada?

Surge otra pregunta ¿por qué razón la Contraloría no vinculó a este proceso de responsabilidad fiscal a los dos interventores que tuvo este contrato de obra 432 de 2012, máxime que durante la investigación el ente de control a través de informe técnico en el cual aclaró a la suscrita apoderada que el presunto detrimento obedecía a mala calidad de la obra?

De lo anterior, surge otra pregunta: ¿le correspondería al Gerente de EDESA S.A. ESP., las facultades de establecer y verificar la calidad de obra, en los contratos de obra que celebrara EDESA S.A. ESP.?

- EN CUANTO A LA COORDINADORA DE INTERVENTORÍA DE EDESA S.A., INGENIERA ANGELICA DEL PILAR JIMENEZ.-

En tratándose de la supuesta mala calidad de la obra del contrato 432 de 2012, se dice en la página 22 del Auto:

“el 07 de abril de 2015, se suscribe Acta de terminación de labores, en esta acta la Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A., Ingeniera ANGELICA DEL PILAR JIMENEZ ZAPATA (folio 98), deja plasmadas algunas recomendaciones para el recibo final de las obras.

El 15 de enero de 2016, la Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A., Ingeniera ANGELICA DEL PILAR JIMENEZ ZAPATA, recibe las obras a satisfacción, ..” (lo repite en la página 25)

El 20 de octubre de 2016, se suscribe Acta de liquidación, soportada en el Acta de recibo final y memorias de cálculo suministrados por el interventor del contrato,...”

En la página 32 del Auto No.1535, la Contraloría sostiene:

“Mediante Acta de recibo final del componente de interventoría del proyecto denominado ampliación y optimización del alcantarillado sanitario del Municipio de Puerto Lleras, Meta, de fecha 05 de octubre de 2017, se reconoció un valor ejecutado por EDESA S.A. ESP. de (\$166.340.627.32); además, obra en el PRF el informe final de interventoría del contrato de obra No.432 de 2012.

Nuevamente esta defensa se pregunta: ¿por qué razón la Contraloría no vinculó a este proceso de responsabilidad fiscal a la Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A. ESP., máxime que el cuestionamiento del ente de control obedece supuestamente a mala calidad de la obra?

Deberá también el Gerente de EDESA S.A. ESP., responder por las funciones de la Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A.?

Veamos que dice la Ley y la jurisprudencia respecto de quienes ejercen labores de supervisión y de interventoría en los contratos Estatales:

Desde la Ley 80 de 1993, consagra las figuras de la supervisión y de la interventoría en el numeral segundo del Artículo 32. Adicionalmente, han sido incluidos en el Capítulo VII de la Ley 1474 de 2011, cuyo título es el de disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública y cuya finalidad es la de proteger la moralidad administrativa y prevenir cualquier acto que sea contrario a la transparencia.

Así las cosas, 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”.

Por su parte, 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.”

Así mismo el Estatuto Anticorrupción en el Artículo 84 establece cuales son las facultades y deberes de los supervisores e interventores: ARTÍCULO 84:

“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.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-338 de 2014, referencia expediente D9929 M.P. Dr ALBERTO ROJAS RÍOS, en demanda de constitucionalidad contra el Artículo 82 (parcial) y Artículo 119 (parcial) de la ley 1474 de 2011 concluye:

“i) El fundamento de la Responsabilidad Fiscal de los interventores se encuentra en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011, disposición que establece que responderán fiscalmente por los hechos u omisiones que le sean imputables.

ii) La responsabilidad Fiscal sólo será imputable cuando se haya comprobado la existencia de culpa grave o de dolo por parte de quien tenía a su cargo la administración o vigilancia de los bienes del Estado- incluso, el mismo artículo 118 prevé hipótesis en donde el dolo y la culpa grave, como elementos sine que non en la imputación de responsabilidad fiscal, pueden presumirse.

iii) En aquellos casos en que haya sido posible imputar- con base en culpa grave o dolo responsabilidad fiscal a más de un sujeto, estos, por determinación expresa del artículo 119 de la ley 1474, responderán solidariamente.”

De dichas funciones se colige que el Estatuto Anticorrupción revistió de facultades específicas a los Interventores, de estas facultades se derivan obligaciones en el marco de la debida diligencia en la gestión de vigilancia y control del contrato que los Interventores deben cumplir. Las facultades se resumen en las siguientes: EXIGIR, PREVENIR, VERIFICAR, SUGERIR, INFORMAR Y APOYAR.

Por otro lado adujo el ente de control fiscal en la página 24 del Auto No.1535, en su último párrafo, que:

En cuento a la interventoría del contrato 432 de 2012, la ejerció directamente la Empresa de Servicios Públicos del Meta S.A. ESP., a través de los Ingenieros que contrató

como Apoyo a la Gestión de Interventoría, los cuales fueron contratados mediante Contrato de Prestación de Servicios para realizar el apoyo a la interventoría técnica, administrativa y financiera”.

Esta apreciación del ente de control es equivocada, los Ingenieros GELBER AUGUSTO GARCÍA VEGA y ALEJANDRO ORDOÑEZ LAGOS, fueron designados por los Gerentes de EDESA S.A. ESP., mediante Resoluciones Nros.038 de 2013 y 219 de 2013, no para servir de apoyo a la interventoría, fueron designados como lo señala el Artículo 1° de estos actos, para que ejercieran las actividades de interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de obra No.432 de 2012 y se les advierte en el Artículo 3°, que interventor responderá fiscal,..., por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos establecidos en la Constitución y la Ley”

La interventoría del contrato 432 de 2012, llevada a cabo por persona externa a EDESA S.A. ESP., fue contratada para tal efecto, por tanto en este profesional recaía el deber de verificar el cumplimiento del objeto contractual, para de tal manera, asegurar el cumplimiento de la calidad, cantidad, costo y cronograma del contrato.

Lo anterior conlleva a concluir que la Contraloría incurre en GRAVE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO por INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO y FALTA DE DILIGENCIA EN EL RECAUDO PROBATORIO.

De acuerdo al alcance y esencia del debido proceso (Artículo 29 Superior), es deber oficioso del operador fiscal de vincular a quienes estén real o aparentemente involucrados en los hechos, por su actividad, funciones y actos; para el caso, cuando el funcionario en el ejercicio de análisis de los hechos y las pruebas encontró que en efecto había un nexo de causalidad con los interventores y que por sus obligaciones y funciones legales que éstos desplegaron en este contrato No.432 de 2012; debió vincularlos al proceso, omisión que riñe con el principio de oficiosidad.

EL ENTE DE CONTROL FISCAL INCURRE EN VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y EL DESCONOCIMIENTO DE LA DIVISIÓN DE FUNCIONES / FALTA DE DILIGENCIA EN EL RECAUDO PROBATORIO, POR CUANTO EDESA S.A. ESP.-

En razón de su naturaleza de empresa de servicios públicos de carácter oficial, que hace obras de esta magnitud especializada, tiene y necesita una división de funciones dada la especialidad

de las diferentes tareas que deben desarrollarse para el cabal cumplimiento de la actividad contractual.

La Empresa EDESA S.A. ESP., cuenta con una estructura administrativa que permite asignar funciones y responsabilidades a cada Dirección y Áreas de la misma; con el fin de cumplir los objetivos misionales por ejemplo; el Área de Planeación se encarga de formular los proyectos y acompaña la fase precontractual de los procesos de contratación, la Dirección Técnica Operativa y Coordinador de Interventoría acompañan la fase de ejecución de las obras, una vez se suscribe el contrato y hasta su liquidación.

Lo anterior, por cuanto además de su régimen especial debe servir a los intereses generales y desarrollar su objeto con fundamento en los principios de la función administrativa.

Es importante precisar, que acorde con la posición asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-372 de 2002, se tiene claro que el funcionamiento de la administración pública, tratándose de la actividad contractual, está apoyada en tres principios: División técnica del trabajo y especialización, complementariedad y jerarquía, y que la estructura funcional de las entidades estatales permite la participación de un conjunto de funcionarios que, en mayor o menor grado o número, intervienen en los procesos decisorios, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las que participan distintos servidores, incluso de diferente rango y posibilidad de decisión, todo con el fin único de conseguir una meta o un resultado, respetando en todo caso los principios de la función administrativa de rango constitucional.

El análisis que antecede, sirve como ejemplo, para hacer ver que la Contraloría sí tuvo la posibilidad de verificar la participación de todo un equipo institucional en la celebración y ejecución del contrato 432 de 2012, y si el fin era el esclarecimiento de los hechos, es claro que el ente de control fiscal no propendió por esto.

Como conclusión, auscultado el expediente fiscal, se encuentra que el órgano de control fiscal no ha sido diligente en el recaudo probatorio durante la etapa de investigación pues ha debido vincular a los interventores y la Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A. ESP., en aras de establecer la verdad material, que con seguridad desvirtuarían las imputaciones hechas a mi defendido.

AHORA ME REFERIRÉ AL CONTRATISTA.-

CONSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS, representado legalmente por EDGAR MORENO MAHECHA, identificado con cédula de ciudadanía No.86.056.276 de Villavicencio, consorcio integrado de la siguiente manera:

- VIANEY CASTRO CEBALLOS identificado con cédula de ciudadanía No.7.827.543 de Casstilla La Nuieva, con un 42% de su participación.
- JULIAN DANIEL MOLANO CASTILLO identificado con cédula de ciudadanía No.86.048.428 de Villavicencio, con un 2% de su participación.
- SOLUCIONES Y CONSTRUCCIONES INGECIVIL S.A.S, identificada con Nit.900.537.782-1, con un 55% de su participación, representada legalmente por EDGAR MORENO MAHECHA identificado con cédula de ciudadanía No.86.056.276 de Villavicencio.
- PEREZ INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., identificada con Nit. 900.497.601-4, con un 1% de su participación, representada legalmente por CLARA MILENA PÉREZ BARRETO, identificada con cédula de ciudadanía No.30.080.582 de Villavicencio.

El doctor RAFAEL GERMAN ARIZA MARTINEZ Contralor Delegado Intersectorial No.3 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías, solicita con oficio No.2020EE0056494 del 02 de junio de 2020, el envío de la copia del documento de constitución del contratista CONSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS, y relaciona a sus integrantes con Nit, y representación legal e identificación.

En la página 13, literal e) del Auto, se dice en el acápite de la indicación de pruebas:

“En la carpeta No.5 del CD, se allegó en PDF copia de los certificados de Cámara de Comercio de los integrantes del Consorcio SOLUCIONES Y SERVICIOS, copia de la Carta de Conformación del Consorcio, la dirección que aparece en el documento privado de conformación del contratista CONSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS identificado con el Nit. 900579974-9.

En la página 39 del Auto, se dice en el acápite 11.2:

“En tanto que, frente al tema de la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal, el Artículo 119 de la Ley 1474 dispone:

“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, responden solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”. (subrayado y negrilla fuera de texto)

Entonces, en tratándose que la Contraloría basa su cuestionamiento e imputación de responsabilidad fiscal en contra de mi defendido por la supuesta mala calidad de la obra, se pregunta esta defensa ¿por qué la Contraloría no vinculó al presente proceso de responsabilidad fiscal a los integrantes del Consorcio SOLUCIONES Y SERVICIOS, como firma contratante?

¿Deberá también responder el Gerente de EDESA S.A. por las acciones y omisiones del contratista del contrato 432 de 2012?

¿Le corresponde al Gerente de EDESA S.A. verificar la calidad de los materiales y en general por la calidad de las obras objeto de los contratos que celebre la empresa?

¿Es el Gerente de EDESA S.A. quien debe tomar muestras de esclerometría y someterlas a LABORATORIOS ESPECIALIZADOS, como en el caso del contrato 432 de 2012?

Veamos que dice la norma respecto de la responsabilidad que tienen los contratistas en el manejo de la contratación pública, la Ley 80 de 1993, en su Artículo 3° que fue modificado por la Ley 1150 de 2007 preceptúa:

“ARTICULO 3º: DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

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”.

Acorde con las previsiones del Artículo 3° de la Ley 80 de 1993, los contratistas cumplen una función social y tienen el deber de colaborar con las entidades Estatales para lograr el cumplimiento de los fines estatales, esto es, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Ello implica obligaciones para los contratistas.

AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.-

Dice la Auditoria General de la República en su cartilla, página 42:

“Sobre lo anterior, teniendo en cuenta la definición legal de las anteriores figuras jurídicas y al tenor de lo preceptuado en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, es aplicable perfectamente el principio de solidaridad para el caso de los consorcios y eventualmente a las uniones temporales que no posibiliten individualizar a los presuntos responsables, ni dividir a prorrata la cuantía del daño, es decir que lo conducente sería que fueran vinculados al proceso de responsabilidad fiscal los miembros tanto del consorcio como de las uniones temporales, puesto que se está cuestionando precisamente sus intereses económicos al establecerse irregularidades en la gestión contractual o ejecución de la obligación,...”

Como antes lo manifesté; de igual manera la Contraloría incurre en GRAVE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO por INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO y FALTA DE DILIGENCIA EN EL RECAUDO PROBATORIO, al no vincular a este proceso de responsabilidad fiscal a los integrantes del Consorcio SOLUCIONES Y SERVICIOS.

● **Y DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA, DEL NÚMERO DE PÓLIZA Y DEL VALOR ASEGURADO.-**

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000, determina:

"Artículo 44. VINCULACION DEL GARANTE. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero

civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado,....”.

Así las cosas, el funcionario del ente de control ha de realizar la vinculación de la compañía aseguradora cuando el servidor público responsable de la gestión fiscal, el contrato o el bien estén amparados por una póliza.

En el Auto objeto de descargos, en su acápite: VINCULACIÓN AL GARANTE, el operador fiscal plasma: “No hay compañía de seguro vinculada al presente proceso”.

Pese a que en la página 21 del Auto, señala la Contraloría que la Resolución No.304 del 03 de octubre de 2014, mediante la cual EDESA S.A. ESP., declara la ocurrencia del siniestro derivado del incumplimiento en la ejecución del contrato 432 de 2012, fue recurrida por la Compañía de Seguros SURAMERICANA.

Como se observa la Contraloría en el transcurso de la investigación fiscal no vinculó a la Compañía Aseguradora SURAMERICANA; el proceso fue aperturado mediante Auto No.308, del 14 de diciembre de 2018, y la póliza No.0815959-6 que amparaba la estabilidad de la obra tenía como fecha de vencimiento el 07 de enero de 2019, obra en la carpeta contractual a los folios 1858 a 1860; dejando constancia, que la Contraloría solicitó con oficio No.2018EE0003824, y le fue enviada por parte de EDESA S.A. ESP., toda la carpeta contractual que comprende: la etapa precontractual, contractual y poscontractual del contrato de obra No.432 de 2012.

No obstante, la Contraloría contar con las pólizas, el doctor RAFAEL GERMAN ARIZA MARTINEZ Contralor Delegado Intersectorial No.3 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías, solicita con oficio No.2020EE0056494 del 02 de junio de 2020, el envío de las pólizas Nros.0815959-6 que amparó los riesgos y la póliza de garantía de responsabilidad civil extracontractual No.0230099-5, expedidas por la compañía de Seguros SURAMERICANA, junto con sus anexos.

Es así como en la página 12 del Auto, refiere la Contraloría que obra en medio magnético CD formato PDF, se allega carpeta No.1 que contiene copia digital de los documentos del contrato No.432 de 2012, en la que se discrimina por carpeta la etapa precontractual, contractual y poscontractual.

No obstante, con ocasión del Acta de recibo final de fecha enero 15 de 2016, se trasladaron las vigencias, por consiguiente la póliza que ampara la estabilidad de la obra, tiene como nueva fecha de vigencia el 29 de diciembre de 2021. (Documentos que anexo a este escrito exculpatorio)

Asimismo, la Contraloría omite vincular a la Compañía de Seguros LA PREVISORA, en virtud de la póliza de SEGURO PREVIACALDIAS PÓLIZA MULTIRIESGO No.1001191 que amparaba el manejo del cargo de Gerente de EDESA S.A. ESP., vigente para la época de los hechos. (Pólizas que de igual manera adjunto a este memorial exculpatorio).

Entonces, según lo explicado en líneas que anteceden para la Contraloría no hay excusa alguna para no haber vinculado al PRF a estas Compañías de Seguros como terceros civilmente responsables, en virtud de la Póliza de Seguro que amparaba la Estabilidad de la Obra del contrato No.432 de 2012, y la Compañía de Seguros LA PREVISORA, en virtud de la póliza de SEGURO PREVIACALDIAS PÓLIZA MULTIRIESGO No.1001191 que amparaba el manejo del cargo de Gerente de EDESA S.A. ESP. y como resultado el ente de control fiscal vulnera el derecho de defensa y del debido proceso de mi representado al no acatar el precepto legal - Artículo 48 de la Ley 610 de 2000, e inobservando a su vez, el principio de la observancia a plenitud de las formas propias de cada juicio, por cuanto omitió vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la Compañía de Seguros Suramericana, en calidad de tercero civilmente responsable,

AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.- En la página 82 y siguientes de la Cartilla de la Auditoría General de la República dice lo siguiente:

¿EN LA IMPUTACIÓN Y EN EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN QUÉ TÉRMINOS DEBE EMITIRSE EL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL GARANTE? (ARTS. 48 Y 53, LEY 610/00).

En el auto de imputación y en el fallo con responsabilidad fiscal se debe indicar claramente que sus efectos se hacen extensivos al garante en los términos establecidos en las pólizas en lo que tiene que ver con riesgos amparables, fechas que cobija la póliza, sumas asegurables y en su calidad de tercero civilmente responsable.

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000, establece claramente que la compañía de seguros se vincula en calidad de tercero civilmente responsable y que tiene los mismos derechos y facultades que el principal implicado.

De acuerdo con la Honorable Corte Constitucional, la vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable, en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública.

Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público.

De igual manera la sentencia de la Honorable Corte Constitucional, citada anteriormente estableció que:

“...Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido en la norma acusada que permite, por economía procesal, vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado...”. Subrayado y resaltado fuera de texto.

Hay que recordar el carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros que contiene la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, “contrato de seguros que surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios”

El objeto del legislador al permitir la vinculación de las compañías de seguros lo constituye un propósito evidente de protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por

el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, en caso que su gestión se encuentre amparada en la póliza de seguros, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

La efectividad de las pólizas de seguros que ampara contratos estatales, es posible a través del mecanismo especial permitido por la Ley 610 de 2000, esto es, mediante la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal por parte del órgano que ejerce el control fiscal como tercero civilmente responsable, cuando quiera que el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza de seguros, vinculación ésta que tiene como fin resarcir en forma efectiva e inmediata el patrimonio público ante el detrimento que ha sufrido por la conducta del responsable fiscal.

De otro lado, vale la pena acotar que la norma al establecer la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal no señala que ésta no proceda cuando el asegurado haya adelantado los trámites administrativos pertinentes para hacer efectiva la póliza de seguros. La norma solo dispone que cuando existe un asegurador éste debe ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal”.

II. EL AUTO No.1535 DE NOVIEMBRE 30 DE 2020, ADOLECE DE VULNERACION DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y POR ENDE DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y DEFENSA Y DEL DEBIDO PROCESO.-

En efecto esta defensa pasa a sustentar la incongruencia que presenta el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No.1535, en relación con la parte motivo y la resolutive de este proveído.

1. EN CUANTO A LA APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No.2018-1205, de fecha 14 de diciembre de 2018, ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, se vincula en su condición de Gerente de EDESA S.A. ESP.
2. A LA CALIDAD DE DIRECTOR TÉCNICO OPERATIVO DE EDESA S.AS. ESP.-

En la página 21 del citado Auto, dice lo siguiente:

“Para esa época el presunto ORLANDO VIRGUEZ fungía como DIRECTOR TÉCNICO OPERATIVO en EDESA S.A.ESP., y dentro de sus funciones estaba la de supervisor del contrato No.432 de 2012.

En la página 41 y 42 del Auto (acápites: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DEL PRESUNTO RESPONSABLE – CULPABILIDAD – NEXO CAUSAL ENTE LA CONDUCTA Y DAÑO – IMPUTACIÓN), se menciona:

“En este caso del análisis de las pruebas acopiadas al proceso se advierte además de la existencia de los hechos arriba señalados, con respecto al presunto responsable que aparece vinculado al proceso, que en el marco de sus funciones como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., tuvo a su cargo, de una parte, la supervisión del contrato de obra No.432 de 2012, esto es, funciones de vigilancia y control de la inversión, y de otra parte ordenador del gasto como Gerente de EDESA S.A. ESP., y en esa misma condición, responsable del mantenimiento de las obras ejecutadas para la ampliación y optimización del alcantarillado del Municipio de Puerto Lleras – Meta, tal como lo certificó el mismo implicado cuando ostentaba la calidad de Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., en fecha 23 de mayo de 2012”. (y plasma la imagen de la referida certificación, firmada por ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP.)

Aún en la pagina 42, a renglón seguido de la imagen de la referida certificación señala el Auto:

“Confirmado con la certificación del 08 de octubre de 2019, por el cual Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., así: “y plasma nuevamente una imagen de una certificación firmada por el Ingeniero JOJHAN EMERZON HERRAN LIEVANO, en su calidad de Director Técnico Operativo de EDESA S.A.ESP.”

Ahora veamos lo que sostiene la Contraloría en la página 44 del Auto No.1535: “Calidad de gestor fiscal del presunto ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ.

La calidad de Director Técnico Operativo de la empresa de servicios públicos del Meta EDESA S.A.ESP., y supervisor del proyecto, viene demostrada con los documentos obrantes en el expediente, así como que mantenía la interlocución permanente y directa con el contratista y con el interventor designado por EDESA S.A. ESP., el Ingeniero ALEJANDRO ORDOÑEZ LAGOS, a quien le supervisaba el contrato de interventoría, tal como se aprecia en una de las actas de terminación de contrato de interventoría, suscrita entre el Ingeniero

Ordoñez y el señor Guzman Virguez, así: (y plasma la imagen de acta de terminación de contrato de interventoría por mutuo acuerdo).

3. En la página 45, LA CONTRALORIA LE ENROSTRA A ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, QUE SU CATEGORIA DE GESTOR FISCAL, DEVIENE DEL CARGO COMO DIRECTOR TÉCNICO OPERATIVO Y GERENTE DE EDESA S.A. ESP.

“La calidad de Gerente de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META EDESA S.A.ESP., desde el 10 de julio de 2014, el presunto señor ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No.17.339.540 expedida en Villavicencio –Meta, y por ende su calidad de servidor público, para el periodo en que se dieron los actos de liquidación del contrato de obra y su aclaratoria, y para el periodo en que el sistema de alcantarillado no está funcionando por falta de mantenimiento, está demostrada con las actas de nombramiento de Junta Directiva de elección de Gerente, las copias de las actas de posesión en condición de Gerente y la certificación laboral, obrantes en el informativo”.

“Acorde con el Manual de Funciones de EDESA S.A. ESP., las funciones generales del Gerente son:

Actúa como representante legal de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META EDESA S.A.ESP., y es el responsable de la administración, planeación, dirección, coordinación, orientación y control de las actividades de la Empresa, atendiendo las disposiciones legales y pertinentes, buscando el logro de la misión y el cumplimiento de la visión, objetivos y principios de la Empresa. (...) cuidar el recaudo e inversión de los fondos de la Empresa”.

“Y entre las funciones de Director Técnico Operativo están:

(...) 3. hacer seguimiento al avance de ejecución de los proyectos, permitiendo determinar las características como población atendida, recursos invertidos etc.

(...) 6. Colaborar con la supervisión de los diseños y obras que se contraten y realice la Empresa.

Por lo que estaba jurídicamente habilitado para ejercer gestión fiscal, es decir, tenía poder decisorio sobre los fondos o bienes, puestos a su disposición y cuidado, ya que como Gerente de EDESA S.A. ESP., es el representante legal, ordenador del gasto, es el responsable de la administración, planeación; dirección, coordinación, orientación y

control de las actividades de la Empresa, además el responsable del mantenimiento o cuidado de la inversión en las obras de alcantarillado sanitario del Municipio de Puerto Lleras – Meta. Quedando plenamente demostrada su categoría de gestor fiscal”.

Sostiene la Contraloría en la página 46 del Auto No.1535:

“ (...) y como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., hizo seguimiento al avance de ejecución del proyecto y colaboró en la supervisión de las obras que se contrataron mediante el contrato de obra No.432 de 2012”.

4. EN CUANTO A SU CONDICIÓN DE GERENTE DE EDESA S.A. ESP.

En la página 48, la Contraloría califica la actuación de ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ como CULPA GRAVE, y se imputa responsabilidad fiscal en su condición última de Gerente (página 49).

De esta forma, la suscrita apoderada sustenta fácticamente la incongruencia de la que adolece el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No.1535 del 30 de noviembre de 2020; no se entiende como la Contraloría General de la República apertura el proceso de responsabilidad fiscal No.2018-1205, el 14 de diciembre de 2018, en contra de ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ en su condición de Gerente de EDESA S.A. ESP., y al imputarle responsabilidad fiscal en su contra, le atribuye en la parte motiva del proveído un sinnúmero de funciones como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., que por demás, no se explica esta defensa de dónde sacó el instructor fiscal todas estas funciones de interventoría, de supervisor del contrato 432 de 2012, de ser el responsable del mantenimiento del alcantarillado de Puerto Lleras –Meta; cuando de una parte ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ no está vinculado al PRF por su condición de Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., y de otra; no obstante, la Contraloría no enlista en el Auto No.1535 el Manual de Funciones del Director Técnico Operativo, pero si en toda la parte motiva del proveído el funcionario no desprendió a mi procurado del cargo de Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP.; para achacarle todas estas funciones y que como tal las desatendió y se las atribuyó como negligente; para en últimas al arribar a la imputación del cargo refiere que la calidad es la última que ostentó ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ en EDESA A.A ESP., como Gerente.

Cabe anotar, que el contrato 432 fue celebrado en el año 2012 y ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ laboró como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., hasta agosto 29 de 2013; y regresa como Gerente el 10 de julio de 2014; durante este lapso de tiempo mi defendido laboró en el

AIM (anexo certificación); es decir, que se desvincula de la empresa estando en ejecución el contrato 432 de 2012 y diez meses después lo encuentra suspendido; nada de estas condiciones de cambios laborales de mi representado se mencionan en el Auto.

De esta forma, queda probadas las incongruencias e incoherencias de las que adolece el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No.1535 del 30 de noviembre de 2020; es decir, al no guardar correspondencia la parte motiva de esta providencia, con la resolutive, vulnerando la Contraloría el derecho de contradicción y defensa y debido proceso de mi prohijado; al dificultársele ejercer su defensa en debida forma; pues como se conoce en Autos, fue vinculado como Gerente de EDESA S.A. ESP., y al imputársele responsabilidad fiscal se le atribuyen una serie de funciones como Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., que no tienen ningún respaldo legal.

Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: Sentencia 2019-03970 de 2020 Consejo de Estado CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03970-00(REV)

El principio de Congruencia constituye un elemento sustancial del debido proceso porque hace parte su estructura y representa un eficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa y que implica el efectivo desarrollo del debido proceso.

3.6.2. Principio de congruencia.- 59. La congruencia procesal se ha definido como, *“el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso- administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”*.

60. En virtud de este principio, el alcance y contenido de una providencia está delimitado por las pretensiones de la demanda y por los argumentos expuestos en las instancias del proceso, existiendo una correspondencia entre ésta y los hechos que se esgrimen en la demanda.

61. Se encuentra regulado en el artículo 281 del Código General de Proceso que reformó el Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, normas aplicables por remisión a los procesos que se adelantan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según lo dispuesto por el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

62. Las citadas normas procesales, precisan: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley. (...)”*

63. En torno a esta disposición, el Consejo de Estado ha señalado que la congruencia debe ser interna y externa. La primera obedece a la correspondencia que debe existir entre la parte motiva y resolutive de la sentencia; y la segunda, esto es la externa, que la decisión contenida en la parte resolutive se encuentre en concordancia con lo pedido en la demanda y en su contestación.

3.6.3.4. Garantía del principio de congruencia en el caso concreto 85. Según el marco conceptual y fáctico expuesto en los acápites precedentes, la Sala considera que en el presente caso la sentencia dictada el 31 de enero de 2019 por el Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A” efectivamente incurrió en causal de nulidad originada en la sentencia por violación del principio de congruencia externa e interna, según pasa a explicarse.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en Auto 244/15. SOLICITUD DE NULIDAD SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Referencia: Solicitud de nulidad de la Sentencia SU-378 de 2015. Magistrada Ponente (e): MYRIAM ÁVILA ROLDÁN. (10) de junio de dos mil quince (2015).

Análisis de la causal “incongruencia de la sentencia” como fuente de la nulidad solicitada.

36. El ciudadano José Elías Guerra de la Espriella sostiene que en la sentencia SU-378/14 la Sala Plena incurrió en vulneración al debido proceso, toda vez que, a su juicio, se presenta una grave contradicción en el análisis del presupuesto de inmediatez. Manifiesta al respecto que la Sala *“efectuó un análisis caprichoso y arbitrario de la demanda de tutela, al entender de un lado, que el accionante estaba cuestionando el incumplimiento del dictamen CCPR/C/38/D/16237/2007 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y así declarar que la acción de tutela era improcedente para exigir el acatamiento de aquellas decisiones, y por el otro, que se solicitaba únicamente el amparo de los derechos vulnerados entre 1996 y 1998,*

para efectuar el cálculo del término de inmediatez y concluir que no se cumplía con este requisito”.

37. Para resolver este cargo debe recordar la Sala que de conformidad con la jurisprudencia decantada (F.J. 20 a 24), la incongruencia se erige como causal de nulidad de una sentencia cuando esta presenta una contradicción insalvable entre la parte motiva y la resolutive, que tiene la potencialidad de generar incertidumbre respecto del alcance de la decisión proferida, de manera que admite más de un sentido (anfíbológica) o se torna ininteligible, al punto que se pueda predicar una carencia total de motivación respecto de toda o parte de la decisión”.

 De acuerdo a la jurisprudencia de las Altas Cortes antes descritas, queda demostrada la violación al derecho de defensa y debido proceso, que el Auto No.1535 de 2020, está plagado de incongruencias e incoherencias, son confusos, vagos, anfíbológicos, ambiguos o imprecisos, por tanto no le permiten a mi representado ejercer su defensa al no tener claridad sobre la condición en que se le atribuyen los hechos que considera la Contraloría de alcance fiscal, ya que de una parte los enrostra como Director Técnico Operativo y otra, como Gerente de EDESA S.A. ESP.; es decir, que los argumentos que se esgrimen en la parte motiva del proveído no tienen coherencia y congruencia con el cargo imputado en la parte resolutive; por tanto el cargo imputado a ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ tiene su génesis en el cargo de Director Técnico Operativo, mientras que su vinculación al PRF corresponde a su condición de Gerente.

 Luego es evidente, que el cargo imputado a mi prohijado es impreciso, no es claro y en él se hacen afirmaciones no probadas, ni demostradas en el expediente fiscal. Así mismo, que cuando se le formuló el cargo, el operador fiscal tuvo en cuenta también las funciones de Director Técnico Operativo, les dio relevancia, sin estar vinculado como tal a este PRF, desatendiendo y dando poca importancia a las funciones como Gerente, pese, a que es en esta condición que se vincula al PRF.

Otra falencia del cargo imputado a mi defendido, es la de no indicársele cuál fue la negligencia, cuáles fueron las funciones que desatendió como Gerente, porque el Gerente no es supervisor, ni el interventor de los contratos, tampoco el que debe tomar muestras de concretos y someterlas a laboratorios especializados, tampoco el que hace el mantenimiento al alcantarillado del Municipio de Puerto de Lleras – Meta; de tal forma, que lo atribuido en la parte motiva del Auto no tienen relación con las funciones del cargo que ostentaba como Gerente, condición en que se vincula al PRF, vulnerando la Contraloría el derecho de

contradicción y defensa y desde luego el debido proceso, por cuanto los cargos deben ser precisos con su redacción detallada, las ambigüedades y las confusiones del cargo dan lugar a NULIDAD.

No obstante, el precario análisis de los tres elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, la conducta de ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ fue analizada por el operador fiscal en su condición de Director Técnico Operativo (página 46), el Auto carece de análisis del nexo causalidad, por tanto no puede atribuirse una presunta responsabilidad fiscal, de acuerdo al Artículo 5° y 48 de la Ley 610 de 2000.

Es de precisar, que el Auto de APERTURA E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL No.1535 del 30 de noviembre de 2020, marca el comienzo formalizado del presente proceso de responsabilidad fiscal, de manera, que los errores trascendentes ocurridos en el citado proveído afectan de forma insoslayable el debido proceso y reclaman de la condigna nulidad, pues ya todo lo actuado a partir de este momento se encuentra afectado.

De otra parte, el Auto de Imputación representa para el presunto implicado su particular tarea defensiva, la cual necesariamente está mediada por los cargos concretos que en criterio de la Contraloría conforman la conducta fiscal, el daño al patrimonio y el nexo de causalidad entre estos dos elementos.

Por tanto, únicamente cuando la Contraloría precisa los cargos concretos señalándole al implicado con claridad y suficiencia cuál es la indebida gestión fiscal que se le atribuye, de acuerdo a su Manual de funciones asignadas, sólo así es posible para el imputado, con conocimiento informado, realizar eficientemente su labor de contradicción o controversia, en su legítimo derecho de defensa.

Entonces, conforme a lo esbozado por esta defensa, es evidente que se configuran las causales invocadas en este memorial exculpatorio, causales taxativas plasmadas por el Legislador en el Artículo 36 de la Ley 610 de 2000, por la violación del derecho de defensa del implicado; y comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, solicito de manera respetuosa al señor Contralor Delegado Intersectorial No.3 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías de la Contraloría General de la República se sirva DECRETAR LA NULIDAD del Auto de APERTURA E IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL No.1535 de fecha 30 de noviembre de 2020, proferido en el presente proceso de responsabilidad fiscal No.2018 – 1205.

FRENTE A LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

CARGO IMPUTADO .- El despacho determina que el señor ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No.17.339.540 expedida en Villavicencio – Meta, en ejercicio de gestión fiscal, en su condición de Gerente de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL META S.A. ESP., desde el 10 de julio de 2014 hasta el año 2020, aún pudo haber causado daño patrimonial al Estado con su actuar culposo, a título de culpa grave, al participar de manera directa, ineficaz, ineficiente y antieconómica en la pérdida de DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS M/CTE (\$2.692.095.819.32), derivada del contrato de obra No.342 de 2012, por lo que debe responder por el valor del detrimento patrimonial de manera individual; *calificando su conducta como CULPA GRAVE.*

CULPA GRAVE.- *Por haber permitido el pago parcial del ítem 6.4: reposición de placas de concreto rígido, cuando debía no pagarse en su totalidad; y por no tener el cuidado y la diligencia para mantener funcionando el sistema de alcantarillado del municipio de Puerto Lleras, con un adecuado mantenimiento de la obra de Ampliación y optimización del alcantarillado sanitario, vulnerando los principios de eficiencia, eficacia y economía, además de los deberes constitucionales y legales como gerente de EDESA S.A. ESP., toda vez que debió evitar, por todos los medios el despilfarro de los recursos públicos; sin embargo, con su actuar omisivo y activo, permitió el derroche de los recursos públicos que debía administrar de manera proba.*

ARGUMENTOS DE DEFENSA

El Decreto 111 DE 1996.- Artículo 113. El Artículo 122 de la Constitución Política establece: *"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)"* Bajo este orden normativo, todo cargo público debe tener establecidas sus funciones, por tanto, cada entidad estatal tiene que implementar los manuales de funciones, en los cuales se determinan las funciones de los cargos que correspondan a la organización, con el objeto de establecer las jerarquías, las competencias y el régimen de responsabilidad aplicable.

En este contexto, corresponde a los servidores públicos ejercer sus funciones de conformidad con los requisitos establecidos en la Constitución, la Ley, los reglamentos o manuales internos.

En la página 13, literal b) del Auto, menciona que se allegó en PDF copia del Manual de funciones para el cargo del Gerente de EDESA S.A. ESP., funciones en las cuales la Contraloría debió analizar la conducta de mi defendido y no como lo precisa: “Para esa época el presunto ORLANDO VIRGUEZ fungía como DIRECTOR TÉCNICO OPERATIVO en EDESA S.A.ESP., y dentro de sus funciones estaba la de supervisor del contrato No.432 de 2012”.

De lo anterior, se tiene que conforme a sus funciones como Gerente no es cierto lo que sostiene el órgano de control fiscal en la página 43 del Auto:

“ (...) ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ en su calidad de Gerente lo que indica que realizó y realiza todo tipo de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, como servidor público, quien manejó los recursos públicos invertidos en la ejecución de contrato que nos ocupa y es el garante, como administrador y operador del sistema de alcantarillado de Puerto Lleras, de su preservación,..”

Apreciaciones que no comparte esta defensa en razón a que no tienen fundamento legal, pues al cotejar estas funciones que le acomoda el ente de control fiscal con las asignadas en el Manual de Funciones del Gerente de EDESA S.A. ESP., se evidencian claramente los desaciertos en que ha incurrido el operador fiscal.

Al respecto se ha pronunciado COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, al referirse al (Parágrafo 1 del Artículo 83 de la Ley 1474 de 2011; en cuanto a que si bien es cierto que las las Entidades Estatales tienen la obligación de asegurar el cumplimiento del objeto contractual de los contratos que celebren, también lo es, que tal obligación radica en las figuras de la supervisión e interventoría.

Que la supervisión de un contrato estatal consiste en “el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados” (Párrafo 2 del Artículo 83 de la Ley 1474 de 2011).

Por su parte, La interventoría de un contrato estatal es “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.

La interventoría es llevada por una persona externa a la entidad contratada para tal efecto, la cual debe verificar el cumplimiento del objeto contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento de la calidad, cantidad, costo y cronograma del contrato,..”

Otra de las inconformidades y que entra a aclarar esta defensa es que no es cierto que mi representado haya tenido a cargo el manejo de los recursos del contrato 432 de 2012, ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ no suscribió este contrato, el material probatorio da fe que el contrato 432 de 2012, fue suscrito por JOSÉ EDGAR PATARROYO en su calidad de Gerente de EDESA S.A. ESP., y que los recursos fueron manejados por el contratista CONSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS, no como lo asevera el ente de control fiscal en la página 39 del Auto.

De igual manera, en el infolio se dice que la operación y mantenimiento de esta obra estaba a cargo del Ingeniero FIDEL AUGUSTO TEJEIRO RIOS, Profesional Especializado de EDESA S.A. ESP., y no del Gerente de EDESA, lo cual es fácil corroborar con el Manual de Funciones del cargo de Gerente que la Contraloría lo solicitó y allegó al proceso fiscal.

Ahora, desde el punto de vista técnico, para el caso que nos ocupa el contrato 432 de 2012, cumplió su objeto contractual y se llevó a feliz término, se realizaron dos visitas técnicas, las cuales podemos concluir que el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, manifiesta que hay unos inconvenientes en la calidad de los concretos y lo fundamenta con un proceso de prueba de esclerometría que hace él a las diferentes placas realizadas en concreto; la esclerometría es válida desde el punto de vista que puede dar un diagnóstico del estado de los concretos que se han fundido in-situ, pero para el caso que nos ocupa no es una prueba objetiva y suficiente para poder determinar que se debe descontar todo un componente en lo que tiene que ver con la reposición de pavimentos, lo cual incluye instalaciones de sub-bases, bases de materiales granulares y también porque dentro de este ítem hay un componente, de pavimento flexible el cual no se ha puesto en tela de juicio en cuanto a la calidad, solamente la Ingeniera ANGÉLICA DEL PILAR JIMENEZ ZAPATA Coordinadora de Interventoría de EDESA, y delegada para recibir este proyecto, consideró, de acuerdo a los ensayos de laboratorio, que un tramo no cumplía, y ese tramo correspondía a unas placas en concreto, que sumaban alrededor de (\$45.000.000), los cuales dentro del acta de recibo final, se descuentan al contratista por no cumplir con la calidad y la resistencia esperada.

Los demás componentes de este ítem, que tienen que ver con sub-base, con base y pavimento flexible no están en tela de juicio, y se consideraron válidos en su ejecución cumpliendo con todos los requisitos contractuales por parte de la Coordinadora de Interventoría, por eso se descuenta únicamente el componente de concretos, en lo que tiene que ver con las placas.

El informe de la Ingeniera YULY ANDREA SUESCUN de la CGR, realizado en visita del 26 al 28 de Agosto del 2020, cuando el sistema se encontraba totalmente inundando por dos efectos; la ola invernal y por la no funcionalidad del sistema de bombeo.

El sistema de alcantarillado del municipio de Puerto Lleras, opera con estación de bombeo, esto significa que si fallan las bombas el sistema queda totalmente inundado, esto no quiere decir que las tuberías se vayan a averiar o que los pozos se vayan a dañar, porque son estructuras hidráulicas que son diseñadas para estar bajo agua. En ninguna manera se ha puesto en riesgo la ejecución, no solo del contrato 432 del 2012, sino que ningún componente del sistema de alcantarillado del municipio de Puerto Lleras ya construido en varios proyectos está en riesgo; simplemente está sumergido en agua, y no tiene nada que ver porque fue diseñado para tal fin.

La Ingeniera YULY ANDREA SUESCUN hace unos cálculos de caudales y de velocidades, que no se sabe con qué objeto los realiza y por eso no se hizo ninguna observación a este informe; porque no se estaba aportando absolutamente nada, ni se está concluyendo con objetividad dictámenes que permitan esclarecer lo que se está imputando.

La Ingeniera YULY ANDREA SUESCUN no me explicó como calcula los caudales de las tuberías, si todo estaba inundando, ella misma lo manifiesta en su informe; entonces, es imposible realizar pruebas de estanqueidad, pruebas de velocidad o de flujo en las tuberías, cuando el sistema se encuentra inundado, como lo muestra el mismo registro fotográfico que ella aporta en su informe.

En la página 16 del Auto de imputación de responsabilidad fiscal, se afirma que el sistema construido a través del contrato 432 del 2012, para la ampliación del sistema de alcantarillado del municipio de Puerto Lleras, no funciona como un sistema que permita recolectar, conducir y evacuar las aguas residuales y aguas lluvias de forma continua y eficiente, incumpléndose los fines del contrato Estatal; esta conclusión es ilógica, desatinada, porque ni el Ingeniero JAMES ORJUELA, ni la Ingeniera SUESCUN, han encontrado en óptimas condiciones de operación el sistema construido, al no estar funcionando las bombas que operan en el sistema de bombeo, que permiten tener el flujo hidráulico; de tal manera, que esta conclusión, no se puede establecer, no se puede demostrar, porque nunca se han podido verificar, en su momento cuando el contrato 432 del 2012, se recibió a satisfacción el sistema de bombeo del municipio de Puerto Lleras estaba funcionando a perfecta marcha y permitió a la Ingeniera

ANGÉLICA DEL PILAR JIMENEZ ZAPATA Coordinadora de Interventoría de EDESA y al Ingeneiro FIDEL AUGUSTO TEJEIRO RÍOS Profesional Especializado en acueducto y alcantarillado de EDESA S.A., verificar y corroborar en campo y en terreno que efectivamente las obras construidas a través de este contrato, funcionaban y daban cumplimiento a lo pactado en el contrato.

De tal manera, que la conclusión en cuanto a que el sistema no funcionara, no es porque haya quedado mal construido; sino, que está totalmente inundado y es imposible tanto verificar, como demostrar lo que se está planteando en el Auto de imputación.

Asimismo es importante aclarar que el proyecto tiene un alcance de construcción de alcantarillado de aguas residuales y no de aguas lluvias; las aguas lluvias no hacen parte del componente de este contrato 432 de 2012.

Página 18, sostiene la Contraloría que en ocasión a la inversión de los recursos públicos del contrato 432 del 2012, para la ampliación de alcantarillado sanitario del municipio de Puerto Lleras, no funciona como un sistema que permita recolectar, conducir y evacuar las aguas residuales y aguas lluvias de manera continua y eficiente; volvemos a aclarar que el alcance de este proyecto (contrato 432 de 2012), es única y exclusivamente la ampliación del alcantarillado sanitario del municipio de Puerto Lleras; no tiene que ver con sistema pluvial o sistema de aguas lluvias, y las fallas en la operación del sistema de bombeo, actividades que no hicieron parte del contrato 432 de 2012, como también lo manifiesta la Ingeniera SUESCUN.

En la Página 21 del Auto, se asevera que el presunto ORLANDO GUZMÁN fungía como Director Técnico Operativo, y que dentro de sus funciones estaba supervisar el contrato; la dirección técnica y operativa tiene una responsabilidad y unas funciones, en lo que tiene que ver con la operación de los sistemas de acueducto y alcantarillado y aseo de los municipios operados por EDESA; al respecto se le aclara a la Contraloría que esta responsabilidad alude a mi defendido, está en cabeza de la Coordinación de Interventoría y su equipo interventor; es decir, los interventores delegados para tal fin.

En la Página 22 del Auto, sostiene la Contraloría que la planta de aguas residuales del municipio, es una de las causales que ha provocado que la ejecución del contrato no se termine en los tiempos establecidos, ya que la planta no cumple su función y genera rebose en la tubería de los pozos; es importante aclarar también que no es una planta de tratamiento de aguas residuales, el municipio de Puerto Lleras no cuenta con una planta de tratamiento de

aguas residuales, cuenta es con un sistema de bombeo que permite evacuar las aguas servidas al Río Ariari, por cotas hidráulicas; hidráulicamente por gravedad no es posible hacer la evacuación de las aguas servidas al Río Ariari, por esta razón, se diseñó y se construyó una estación de bombeo, ése es el termino correcto que se debe emplear y es el que no está funcionando en la actualidad, y es lo que hace que el sistema de alcantarillado sanitario existente y construido en relación al contrato 432 de 2012, no funcione por efectos de inconvenientes en la operación, razones que no son imputables a mi defendido como Gerente.

En la Página 26 del Auto, sostiene la Contraloría que pese a lo anterior a la fecha de visita especial realizada por la Ingeniera civil YULY ANDREA SUESCUN en agosto del 2020, se evidenciaron irregularidades, las cuales el Despacho extrae del informe técnico presentado por parte de la Ingeniera civil, mediante correo electrónico institucional de fecha de 31 de agosto del 2020. Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

1. Todas las irregularidades y lo manifestado por la Ingeniera SUESCUN obedecen a problemas de operación y de mantenimiento del sistema de alcantarillado.
2. En ningún momento se manifestaron irregularidades o se cuantificaron daños del contrato de obra No.432 del 2012, es totalmente fuera de contexto y de realidad; porque en ningún momento se pudo ver la obra y su funcionamiento, porque estaba totalmente inundado el sistema por falta de operación del sistema de bombeo.
3. Las fallas de operación y mantenimiento del sistema, no tienen nada que ver con la calidad y estabilidad de la obra ejecutada, de tal manera que las irregularidades que está evidenciando la Contraloría, de acuerdo al informe presentado por la Ingeniera YULY ANDREA SUESCUN, no tienen objetividad, ni el peso para determinar un daño patrimonial.

En la Página 27 del Auto, dice la Contraloría que se extraen parte de las conclusiones presentadas por la Ingeniera SUESCUN, donde se dice que algunos pozos presentaron reboses. Entonces, como ya se aclaró, estamos hablando de un sistema totalmente inundado. El municipio de Puerto Lleras, para la fecha de la visita de la Ingeniera SUESCUN en agosto de 2020, no estaban funcionando las bombas; sin bombas de elevación no puede funcionar de manera óptima y efectiva el sistema de alcantarillado, por tal razón no se pueden sacar conclusiones apresuradas, ni se puede dictaminar las condiciones técnicas de funcionalidad, no se pueden verificar caudales, no se pueden evidenciar velocidades, es un imposible, y no sabemos por qué razón la Ingeniera SUESCUN da algunas velocidades como de 0.001 metros

x segundo, cuando no sabemos cómo las tomó; por cuanto en ese estado y de esa manera es un imposible realizar estos cálculos al tener el sistema totalmente inundado.

La causa real, como ella misma lo afirma en el numeral 3 de la página 27, es precisamente esa, que no tiene nada que ver con la obra ejecutada, esta es la causa, que las redes de alcantarillado estén totalmente inundadas, lo cual no permite verificar su funcionalidad.

Pero, lo que si podemos manifestar de acuerdo a los informes técnicos, y la visita realizada por la Ingeniera ANGÉLICA JIMÉNEZ Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A., en sus informes finales, en su informe de recibo de la obra, ella pudo constatar que la obra se encuentra en perfectas condiciones de funcionalidad y como también lo certificó el Ingeniero FIDEL AUGUSTO TEJEIRO RIOS , Delegado de Acueducto y Alcantarillado de EDESA S.A., quien tiene la responsabilidad de realizar las actividades de mantenimiento y operación de las mismas.

En la Página 28, el ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, aclara el informe que él presentó; y del que esta defensa le solicitó aclarar el daño, que sea más específico en lo que tiene que ver con respecto a la obra no ejecutada, y respecto a los problemas de funcionalidad: El manifestó:

“me permito contestar a la pregunta de la abogada que pide que aclare si el daño se piensa calcular por obra no ejecutada, o por mala calidad de la obra, o por no funcionalidad de esta; al respecto manifiesto que el presunto daño se debe a mala calidad de la obra ejecutada. Toda vez que en el informe se indicó lo siguiente:

Se realizaron ensayos de esclerometría del concreto para las placas que fueron repuestas con pavimento rígido en sitios tomados aleatoriamente y de común acuerdo con los asistentes de la visita, con el fin de compararlos con las especificaciones contractuales. Los resultados muestran diferencia entre las condiciones contractuales,...”.

Al respecto me permito manifestar, que este ensayo de esclerometría, no especifica el tramo, pero la Ingeniera ANGÉLICA JIMENEZ, precisamente en su informe final de interventoria, dice que en el tramo que ella consideró que no se debía pagar se descontó, pero las otras actividades, no fueron consideradas por el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, como tiene que ver el suministro de instalación de bases y sub- bases y el concreto flexible o el pavimento

asfáltico flexible, que no están en tela de juicio en lo que tiene que ver con la calidad de lo ejecutado en el componente del ítem 6.4

El ingeniero solamente se remite a decir que todo está de mala calidad y que se tiene que descontar todo, sacando una conclusión apresurada.

El órgano de control fiscal deberá tener en cuenta que la responsabilidad de la interventoría es poder cuantificar y calificar la calidad de la obra ejecutada, para poder proyectar el acta de recibo final; como bien lo dijo la ingeniera ANGELICA JIMENEZ se recibió a satisfacción, no solamente la actividad de los concretos que ella consideró que se tenían que pagar, sino, el resto de lo ejecutado en el contrato.

De tal manera, que el Ingeniero JAMES ORJUELA no especifica el tramo en sí; asimismo el ensayo de esclerometría, debe de ir acompañado de actividades y pruebas de laboratorio, como extracción de núcleos para fallarlos en el laboratorio y poder concluir que efectivamente hay fallas en la calidad; que esto fue lo que hizo precisamente la Ingeniera ANGÉLICA y ella encontró que las fallas se encontraban en las actividades de los concretos rígidos y esto fue lo que se descontó; de ninguna manera se podía descontar los otros componentes de la reposición de pavimentos, porque entraríamos en un conflicto de desequilibrio económico con el contratista.

Esto daría un dictamen preciso y objetivo de la calidad si el Ingeniero JAMES ORJUELA hubiese solicitado los ensayos de laboratorio y la extracción de los núcleos y fallados en el laboratorio para conocer la resistencia de los concretos. No obstante, las esclerometrías tienen un margen de error, entre el 25% y 30% de su dictamen; de tal manera, que se deberá verificar, la calidad del equipo, los años de uso del equipo (esclerómetro) utilizado por el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, funcionario de la CGR.

En la Página 29 del Auto, sostiene la Contraloría que de acuerdo al informe del El Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, se debió descontar (\$240.707.620); pero, la Ingeniera ANGÉLICA JIMENEZ Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A., que es la que tiene la responsabilidad, porque es la que cuantifica y de acuerdo con sus memorias de cálculo y, a su criterio técnico y profesional, recibe la obra a satisfacción; la responsabilidad de recibir un proyecto a obra pública en cabeza de un ingeniero idóneo, le permite tomar este tipo de decisiones, se pueden decir muchas cosas y se pueden proponer muchas cosas por parte del ente de control, pero se

deben realizar con criterio técnico y objetivo que fue lo que considero la Ingeniera ANGÉLICA JIMENEZ ZAPAT en su recibo final y en su informe final.

El tramo que no cumplió con la resistencia de los concretos y demás especificaciones, no se le pagó al contratista y se cuantificó en (\$45.000.000).

Sostiene la Contraloría que en estos sectores en lo que se practicó la prueba de resistencia se presentó inconformidad y por lo tanto se debió descontar el total de ítem y no una cuantía parcial; esa es una apreciación del Ingeniero JAMES ORJUELA, pero no obedece a los procedimientos establecidos por la Empresa de Servicios Públicos del Meta, para poder cuantificar y recibir obras a satisfacción. Las consideraciones técnicas y la valoración económica de las actividades realizadas y recibidas a satisfacción le correspondieron a la Ingeniera ANGÉLICA JIMÉNEZ quien recibió y valoró lo ejecutado, plasmando lo actuado en el acta de recibo final e informe final.

En la Página 31 del Auto, Manifiesta la Contraloría que el sistema de bombeo no hace parte del contrato No.432 del 2012 y que es esencial para el buen funcionamiento de la red sanitaria. Consideramos que es una muy buena conclusión, para poder establecer que la no funcionabilidad del sistema no obedece a una falla en el proceso constructivo de las actividades realizadas, sino, a una falla en el mantenimiento y la operación.

Es importante aclarar, que las obras están diseñadas para soportar eventos de inundación, de tal manera que en ningún momento estaría comprometida la estabilidad de las mismas.

Es claro, que los inconvenientes de funcionabilidad obedecen a fallas en la operación del sistema de bombeo, lo cual hace que las redes de alcantarillado, estén totalmente inundadas; esta circunstancia permite que no se puedan hacer pruebas hidráulicas de funcionabilidad y por lo tanto se desvirtúa lo manifestado por la Ingeniera SUESCUN en sus conclusiones, ya que en esas circunstancias es imposible técnicamente calcular caudales y verificar las velocidades del sistema.

En la Página 32 del Auto de Imputación, vuelve a insistir el operador fiscal, al considerar como daño cierto y real, la consideración del Ingeniero JAMES ORJUELA quien solamente con un esclerómetro, que es un elemento electrónico de impacto; que permite calcular las resistencias de los concretos instalados de una manera aproximada y con un margen de error muy alto; por tanto, este profesional de la ingeniería apresuradamente, considera, sugiere,

prácticamente dictamina y concluye, no de manera objetiva, sino subjetiva, que se debería descontar todo el ítem del componente de recomposición de pavimentos.

La Coordinadora de interventoría ANGÉLICA JIMÉNEZ, consideró de acuerdo a las memorias de cálculo y a ensayos de laboratorio, que según su informe técnico y el acta suscrita, lo que según las condiciones contractuales se debía de pagar; efectivamente este es el procedimiento correcto que está establecido en EDESA S.A., hasta el día de hoy, se paga es cuando se ejecuta y se cumple con las especificaciones técnicas, no bajo otros parámetros de consideraciones subjetivas.

III. EN CUANTO A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL .-

El daño constituye la médula del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina.

En materia de responsabilidad fiscal le corresponde al Estado probar los hechos investigados, en este caso probar que se configuraron los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

Conforme lo contenido en el Artículo 6° de la Ley 610 de 2000, el Daño Patrimonial al Estado, la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, señaló:

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

La misma Corporación, mediante sentencia C-840 de 20016, frente a la estimación del daño, sostuvo lo siguiente:

"... 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".

En este orden, normativo y jurisprudencial, 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.

De acuerdo con el anterior análisis el detrimento al patrimonio público trazado por la Contraloría en el Auto de Apertura e imputación de responsabilidad fiscal No.1535 del 30 de noviembre de 2020, en contra de ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, no es cierto, no es un daño real, por cuanto las actas, los informes mensuales de Interventoría y del contratista, las actas de recibo final y de liquidación, demuestran todo lo contrario. La obra se ejecutó y se pagó según memorias de cálculo, plano record y condiciones de calidad; documentos avalados y suscritos por profesionales idóneos y delegados para tal fin.

En la Página 34, tercer párrafo, la Contraloría refiere que sin embargo, a la fecha no se encuentra en funcionamiento debido a la falla de mantenimiento de tales obras, haciendo referencia a las estaciones de bombeo y de aquellos elementos indispensables como lo son el sistema de bombeo, que aun cuando no hace parte del contrato No. 432 de 2012, si son esenciales para el funcionamiento de la red sanitaria. Es otra buena conclusión de la Contraloría, que la aceptamos, porque también nos permite concluir, que lo que hemos sustentado hasta este momento, nos permite también a esta defensa, sacar las siguientes conclusiones.

1. El argumento utilizado por el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, en el sentido de aseverar que ha debió haberse descontado todo el valor del ítem 6.4, sin haber hecho los apiques respectivos, sin haber revisado las memorias de cálculo, sin tener en cuenta los criterios de la interventoría, y aun del mismo contratista, donde se ejecutaron otras actividades que hacen parte de este componente.
2. La consideración que hace el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, de descontar el valor total del capítulo de reposición de pavimentos, es desfasada, ya que no se valoraron actividades como la instalación de la base, la sub base y los pavimentos flexibles, que según criterio técnico de la interventoría se cumplieron y se ejecutaron, por tal motivo se debían de cuantificar y pagar.

Por lo descrito, surge evidente, que con relación a mi representado ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, no se cuenta con la certeza del daño presuntamente endilgado a él, elemento, más

importante, pues éste se encuentra íntimamente relacionado con la conducta de los gestores fiscales y el nexo causal.

De tal forma, que tampoco se encuentra acredita la presencia del elemento “nexo causal entre el daño y la conducta” exigido por el Artículo 5° de la Ley 610 de 2000, y por consiguiente no se estructura responsabilidad fiscal en su contra.

En la Página 35- LA CONDUCTA DEL GESTOR FISCAL – CULPABILIDAD – NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO – IMPUTACIÓN.-

Deberá valorar y sopesar la Contraloría que cuando mi defendido asume el cargo de Gerente el contrato estaba suspendido y tenía una ejecución aproximadamente de un 50%, y esa era una de sus principales preocupaciones, ya que en el balance financiero el contratista contaba con el 25% de recursos que debían ser ejecutados en obra. Con su diligencia y responsabilidad pudo llevar la ejecución de 50% a un 86%, conminando al contratista no con multas, pero si demostrándole una gestión administrativa diligente desde la gerencia de EDESA S.A. ESP., ejerció presión estableciendo las pautas en las actas de ampliación de plazo con cronograma aprobado y con seguimiento mensual a través de los informes técnicos, dando como resultado la ejecución del contrato al 86% y que terminara con una liquidación bilateral y no como un proceso jurídico inconcluso o con una obra inconclusa.

Es también importante aclarar y tener en cuenta lo que sostiene la Contraloría en la página 39, con relación a la conducta de mi prohijado, que no fue él quien celebró el contrato 432 de 2012, el contrato lo suscribe el Arquitecto JOSÉ EDGAR PATARROYO, en su condición de Gerente de EDESA S.A. ESP., el 27 de diciembre de 2012 y que los recursos estuvieron a cargo de la firma contratista COSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS, mediante el pago de anticipo y pago de actas parciales.

Asimismo, no sobra advertir, que es al operador fiscal a quien le compete probar; en caso concreto en qué consistió la presunta negligencia, en este aspecto hace notar esta defensa que el funcionario instructor estuvo alejado sobre todo en lo que hace referencia a la búsqueda de la verdad material, el cual se traduce en que la carga de la prueba corresponde al Estado.

EL DAÑO.-

af

Las causas del daño que menciona la Contraloría no son achacables al titular del cargo de GERENTE de EDESA S.A. ESP. En conclusión estamos en presencia de un daño que no es cierto, puesto que aquí se está cuantificando el daño por el valor total de la obra, cuando, toda la estructura – redes y demás componentes de la obra, está debidamente ejecutada en un 86% tal como se le reconoció al contratista, la no funcionalidad de la obra no depende de mala calidad, ni por menores o mayores cantidades de obra, sino, a la falta de mantenimiento y operación, como anteladamente se explicó, tal como se ha dicho en los informes técnicos emitidos por los funcionarios de la CGR.

En materia de responsabilidad fiscal, cualquier daño no puede ser considerado como base para imputar responsabilidad fiscal al gestor fiscal. Ese daño debe tener unas características que paso a mencionar:

- El daño debe ser directo.
- Debe ser un daño cierto, no un daño eventual o contingente.
- Debe ser un daño actual no un daño futuro.
- Debe ser cuantificable o susceptible de una valoración patrimonial.
- Debe ser un daño especial.
- Debe ser un daño anormal.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia SU-620/96, al referirse a las características del daño señaló:

“.....Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.”

Cada una de estas características del daño que nos ocupa tiene una doctrina desarrollada por los tratadistas de la responsabilidad. Veamos: El daño debe ser directo. Sobre el tema dice el Magistrado del Consejo de Estado doctor ENRIQUE GIL BOTERO en su obra Responsabilidad Extracontractual del Estado.

“No alude a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez que si el daño ha sido producido, o no es referible al autor, no se da conexión entre éste y el resultado, lo cual conllevaría a que en el plano físico

y/o normativo, aquel no materializó la realidad dañosa, en otros términos no le es imputable,..."

CULPABILIDAD - CULPA GRAVE.-

Esta defensa no comparte la apreciación de la Contraloría en cuanto a que haya incurrido en una conducta gravemente culposa. El dolo o la culpa grave deben ser demostrados en este tipo de procesos y no existe ningún elemento de juicio que nos lleve a concluir que mi procurado haya desplegado una conducta con culpa grave como se le ha atribuido sin valorar siquiera una prueba que así lo demuestre.

No se expresa en el Auto de imputación qué elementos probatorios dan al Despacho la convicción de que ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ en su condición de Gerente de EDESA S.A. ESP., y de acuerdo con sus funciones asignadas como Gerente, haya actuado con culpa grave, que haya sido negligente, por el contrario fue diligente logrando que el contrato 432 de 2012, llegara a un porcentaje de ejecución del 86%. Por lo tanto carece de prueba el predicamento del Despacho y el proceso debe concluir con decisión de exoneración de responsabilidad fiscal a su favor.

La noción de dolo y culpa grave son equivalentes. Dice el Artículo 63 del C.C.

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que 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. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."

Ninguno de estos elementos de la conducta han sido desplegados por el Gerente de EDESA S.A. ESP., ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ.

INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DETERMINANTE PARA CAUSAR EL DAÑO Y LA ENDILGADA AL GERENTE DE EDESA S.A. ESP. ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ.

Al referirse al nexo causal de la responsabilidad fiscal la Contraloría no se hace un análisis factico- jurídico, simplemente menciona que en su condición última de Gerente, su conducta con culpa es grave, por una gestión antieconómica, ineficaz e ineficiente; sin argumentarse

del porqué antieconómica, del porqué ineficaz y del porqué ineficiente; sino, existe daño ocasionado por mi defendido, tampoco la conducta culposa que se le imputa.

ANEXOS

1. Me permito anexar, copia de las pólizas de las Compañías SURAMERICANA y la PREVISORA S.A.
2. Certificación laboral del tiempo de servicios de ORLANDO GUZMAN VIRGUEZ, como funcionario del AIM.

PRUEBAS

Como pruebas me permito solicitarle a Contraloría Delegada Intersectorial, se sirvan practicar las siguientes:

PRACTICA DE PRUEBA PERICIAL.-

Teniendo en cuenta que en el presente proceso de responsabilidad fiscal, se han emitido cuatro informes técnicos, los cuales difieren el uno del otro, por ejemplo la Contraloría Departamental del Meta, emitió un informe técnico, el Ingeniero JAMES ORJUELA GAMBA, ha emitido dos informes técnicos, el segundo es aclaratorio; la ingeniera YULY ANDREA SUESCUN, emite el último informe técnico.

Solicito designar un perito en ingeniería civil, con especialización en sistemas hídricos urbanos, para que dictamine sobre las falencias técnicas de la obra, a qué obedecen y a qué obedece la falta de funcionabilidad.

PERTINENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL.- Con esta prueba pretendo demostrar que los informes técnicos de los ingenieros que soportan esta investigación fiscal y el auto de imputación de responsabilidad fiscal No.1535 del 30 de noviembre de 2020, no corresponden a la realidad.

Con esta prueba PERICIAL se obtendrá en el presente proceso de responsabilidad fiscal unidad de criterio técnico, frente a la ejecución de contrato de obra No.432 de 2012.

DOCUMENTALES.- Solicito tener en cuenta las funciones del cargo de GERENTE DE EDESA S.A.ESP., el cual ostentaba mi procurado en el periodo comprendido entre julio 10 de 2014, a enero 10 de 2020, las cuales aparecen certificadas en el expediente.

TESTIMONIALES:

Solicito citar y hacer comparecer a las siguientes personas para que bajo la gravedad del juramento depongan sobre la ejecución del contrato 432 de 2012, específicamente sobre la calidad de la obra y su funcionabilidad, para lo cual solicito ser notificada a fin de hacer presencia en la diligencia de las declaraciones juradas, y de ser necesario interrogarlos.

1. Al representante legal del CONSORCIO SOLUCIONES Y SERVICIOS, señor EDGAR MORENO MAHECHA, identificado con cédula de ciudadanía No.86.056.276 de Villavicencio, puede ser citado: En la carrera 30 No.41 A – 79, Barrio La Grama de Villavicencio. Los demás integrantes podrán ser citados a la misma dirección.
 - VIANEY CASTRO CEBALLOS identificado con cédula de ciudadanía No.7.827.543 de Castilla La Nueva, con un 42% de su participación.
 - JULIAN DANIEL MOLANO CASTILLO identificado con cédula de ciudadanía No.86.048.428 de Villavicencio, con un 2% de su participación.
 - SOLUCIONES Y CONSTRUCCIONES INGECIVIL S.A.S, identificada con Nit.900.537.782-1, con un 55% de su participación, representada legalmente por EDGAR MORENO MAHECHA identificado con cédula de ciudadanía No.86.056.276 de Villavicencio.
 - PEREZ INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., identificada con Nit. 900.497.601-4, con un 1% de su participación, representada legalmente por CLARA MILENA PÉREZ BARRETO, identificada con cédula de ciudadanía No.30.080.582 de Villavicencio.
2. A los interventores: ALEJANDRO ORDOÑEZ LAGOS, puede ser citado en la: carrera 35 A. No.5 Sur -91, apto 502, Torre 1, de Torres de Salerno de Villavicencio. Celular: 3103455841. GELBER AUGUSTO GARCÍA VEGA, puede ser citado en: la calle 35 No.48 – 35 de Villavicencio, celular: 3112234023, quienes a su vez depondrán sobre su gestión como interventores del contrato 432 de 2012, y concretamente con relación a la calidad de la obra y su funcionabilidad.
3. Ingeniera ANGELICA DEL PILAR JIMENEZ ZAPATA, identificada, con la cédula de ciudadanía número 40.215.757 de Villavicencio – Meta, en su calidad de Coordinadora de Interventoría de EDESA S.A. ESP., para que deponga sobre la calidad de obra y funcionabilidad, informe final de interventoría, acta de recibo final de obra, acta de

liquidación, pruebas de laboratorio,; residiada en la calle 3C Bis – 29 A – 04 – Barrio Carurú de Villavicencio. Celular: 3115028620

4. Ingeniero GONZALO EDUARDO HERNANDEZ PARDO, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.961.884 de Bogotá, en su condición de Director Técnico Operativo de EDESA S.A. ESP., para que deponga sobre los pormenores de la ejecución del contrato No.432 de 2012, residiado en Calle 13 sur No. 48 A – 74 Casa 87 – Serramonte 4 de Villavicencio - Teléfono 320-3065642

5. Ingeniero FIDEL AUGUSTO TEJEIRO RIOS, Profesional Especializado de EDESA S.A. ESP., quien tiene a cargo el mantenimiento y operación del alcantarillado en el Municipio de Puerto Lleras – Meta, para que deponga sobre la funcionabilidad de la obra objeto del contrato 432 de 2012, y quien puede ser citado la empresa EDESA S.A. ESP., del Barrio Nogal de Villavicencio.

6. VINCULACION AL PRESENTE PRF.-

Se vincule a la Compañía Aseguradora SURAMERICANA; en virtud de la póliza No.0815959-6 que amparaba la estabilidad de la obra del contrato 432 de 2012.

Se vincule al PRF a la Compañía de Seguros LA PREVISORA, en virtud de la póliza de SEGURO PREVIALCALDIAS PÓLIZA MULTIRIESGO No.1001191 que amparaba el manejo del cargo de Gerente de EDESA S.A. ESP.

Para finalizar, me permito solicitar a la Contraloría Delegada Intersectorial, que en virtud a la ausencia de daño patrimonial en el presente asunto se proceda a fallar sin responsabilidad fiscal a favor de mi defendido, y consecuentemente la aplicación del Artículo 54 de la Ley 610 de 2010, ya que su conducta no ha ocasionado la configuración de daño al patrimonio público, en este proceso de responsabilidad fiscal, precepto legal que dispone:

“El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal”.

NOTIFICACIONES

Abog. Ana Delvia Guzmán Virgüez

Las recibiré en el mismo correo electrónico sin modificación alguna.

En estos términos esta defensa rinde descargos en el presente proceso de responsabilidad fiscal.

Cordialmente,



ANA DELVIA GUZMAN VIRGUEZ
c.c. N° 21.238/751, expedida en Villavicencio
T.P. N° 131.091 del C. S. de la J.