



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Proceso : 50 001 2331 000 2009 00313 00
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Custodia Prieto Moreno
Demandado : Nación-Contraloría General de la República
Providencia : Sentencia de primera instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso de la referencia, luego de adelantado todo el trámite judicial pertinente.

ANTECEDENTES

1. La demanda

María Custodia Prieto Moreno instauró, corrigió y adicionó demanda contra la Nación-Contraloría General de la República, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 1-225, 294-306).

Dentro de los **hechos** que se invocan, señaló que se desempeñó como Directora de la Unidad Administrativa Especial de Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta, y en tal calidad adelantó el proceso licitatorio UC-LP-CS-001 de 2004 y suscribió a nombre del Departamento del Meta con la firma C.I.AVETEX el contrato No. 210 de 2004, cuyo objeto era el suministro de 106.505 morrales de primaria (Tipo 1) y 42.893 morrales de secundaria (Tipo 2), programa gratuidad de la educación con destino a los niños y niñas de las instituciones educativas del Departamento del Meta; e indicó que según denuncia y el dictamen pericial No. 9-5417 FGN-CTI.UADCAP del 15 de octubre de 2004, rendido por la Fiscalía General de la Nación y el concepto técnico de DSIE-ZGSO No. 0503 del 24 de septiembre de 2004 emitido por la Procuraduría General de la Nación, se hace referencia a los supuestos sobrecostos en la adquisición de los maletines escolares objeto del contrato No. 210 de 2004, y con fundamento en ello la Contraloría General de la República, inició el proceso de responsabilidad fiscal No. 009.

Manifestó que el 26 de abril de 2005, el ente de control fiscal profiere auto No. 0190 ordenando el archivo parcial de la actuación, debido a que José Farid Romero Rivas, representante legal de UT. Distriunfo, resarcía parcialmente el daño patrimonial causado al Estado, con ocasión del contrato No. 208 de 2004 también incluido en el proceso y dispuso continuar con el trámite en lo relacionado con el contrato No. 210 de 2004 suscrito con CI. AVETEX S.A. Y que luego de practicadas y trasladadas las pruebas del proceso penal y disciplinario que por los mismos hechos

adelantó la Fiscalía General de la Nación y Procuraduría General de la Nación, la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República dictó auto de imputación de Responsabilidad Fiscal No. 000459 del 31 de julio de 2006, "... por haber firmado en nombre y representación del Departamento del Meta en desarrollo de la capacidad jurídica de disposición que me asistía como tal, el contrato 210 de 2004, para el suministro de 106.505 morrales tipo primaria y 42.893 morrales tipo secundaria, por valor de \$2.971.850.400, cuantía que según afirma el auto, sobrepasa los precios reales del mercado, en la suma de SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$779.328.968) M/CTE".¹

Expuso que presentados los argumentos de defensa, en especial las relacionadas con las funciones que ejercía en calidad de Directora de la Unidad de Contratación y la falta de competencia para ejercer gestión fiscal en nombre del Departamento del Meta, por no tener la calidad de ordenadora del gasto, ni la disposición y administración de los recursos del presupuesto departamental; no obstante, la entidad demandada dictó fallo de responsabilidad fiscal No. 00012 del 16 de noviembre de 2007, en cuantía de \$708.874.262.00, y advirtiendo que la entidad se apartó de las razones expuestas en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, expuso nuevos argumentos y le atribuyó nuevas faltas, de las que no pudo defenderse porque no fueron expuestas en el auto calificadorio de imputación, es decir no existe congruencia alguna entre estas dos providencias. Cuestiona la omisión de pruebas allegadas en su favor, la valoración probatoria, los dictámenes periciales y la calidad de los peritos, la utilización de normas jurídicas suspendidas o inaplicables, la falta de vinculación del Gobernador del Meta, verdadero gestor fiscal y la declaró responsable, atribuyéndole la función de gestora fiscal sin nunca haber tenido a su disposición el manejo ni la administración del presupuesto del Departamento.

Refiere que la entidad demandada con la expedición de los fallos acusados, incurrió en desviación de poder, falsa motivación, desconocimiento del principio de congruencia, del debido proceso y de la presunción de inocencia, al considerar que al suscribir el contrato 210 de 2004 realizaba gestión fiscal, sin admitir que las funciones cuyo incumplimiento se predicaban, no le correspondían porque no estaban dentro de las asignadas a la Directora de la Unidad de Contratación.

Como **pretensiones**, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes actos administrativos: Fallo con responsabilidad fiscal No. 00012 del 16 de noviembre de 2007; Auto No. 000221 del 28 de marzo de 2008, y Fallo No.

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

0001 del 13 de enero de 2009, proferidos por la Contraloría General de la República, en los que se le declaró responsable fiscal solidaria por \$708.874.262 en el proceso 099; y como consecuencia, declarar que no está obligada a pagar ningún valor por concepto de la sanción fiscal derivada del proceso 099 que se le adelantó, entre otras.

Presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 2, 4, 6, 13, 15, 16, 21, 25, 29, 90, 113, 121, 122, 123 y 209, 287, 303 y 305), C.C.A, C.C, C.P.C, C.P.P; Leyes 610 de 2000 y 80 de 1993; Decretos Nacionales 287 de 1996 y 2170 de 2002; Decretos Departamentales 1296 de 2000, 047 de 2001, 327 y 328 de 2002, 058 de 2003; Acuerdos 001, 003 y 005 de 2002.

Y como **concepto de la violación**, se refiere a que la entidad demanda la declaró responsable, a pesar de haberse demostrado en el juicio fiscal y reconocido en los actos acusados que no era gestora fiscal; y por el contrario, se dejó de vincular al representante legal del Departamento, que es el ordenador del gasto y verdadero gestor fiscal y en virtud de dicha facultad podía delegar la función en los secretarios de Despacho como efectivamente ocurrió; sin que se hubiera delegado en la Unidad de Contratación la función de ordenador de gasto. Y que con su creación se dotó al sector central del Departamento del Meta de un órgano descentralizado de carácter técnico especializado, con la finalidad de agotar el trámite del proceso contractual; sin embargo, la actividades que desarrollaba dependían del adelantamiento de la etapa de planeación que realizaba cada secretaría, como verdaderas ordenadoras de gasto, función que les había delegado el Gobernador del Meta a través del Decreto 047 de 2002, por lo cual reitera que en el trámite de toda inversión a través de la contratación, intervienen diferentes dependencias, cada una con competencias bien definidas, y la demandada no distinguió tales diferencias; por lo tanto, la competencia de ordenación del gasto y la de planeación eran exclusivas de cada dependencia *-secretaría-*, recayendo en esos despachos las connotaciones e implicaciones debatidas en el proceso de responsabilidad fiscal.

Indica que los actos demandados adolecen de falsa motivación y desviación de poder, en la medida que le atribuyó funciones que no estaban a su cargo; cuestiona que no se realizó un análisis integral de las pruebas allegadas al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, que se violó el debido proceso porque no existe congruencia entre el auto de imputación de responsabilidad fiscal y los fallos de primera y segunda instancia demandados, agrega que de acuerdo con la dogmática penal es necesario distinguir entre la imputación fáctica y la jurídica como ingrediente o elemento de los cargos expuestos y se refiere a las funciones de la Unidad y a que la Contraloría en ningún momento cuestionó la actuación de quienes agotaron la etapa de planeación sin cumplir el reglamento establecido para tal efecto, como los cambios en los precios que modificó el proyecto No. 719 de 2003, que fueron ordenados por el Secretario

Privado y la Secretaria de Educación del Departamento del Meta, pero que ninguno de tales funcionarios fueron llamados al proceso.

Agrega que los planteamientos que motivaron el auto de imputación de responsabilidad fiscal, son totalmente diferentes a los expuestos en los actos acusados, que el principio de congruencia aplicable en materia penal lo es también para el proceso fiscal, con lo que se desconoció el debido proceso, puesto que sólo se analizaron las funciones de la Unidad y no de la Directora, que son diferentes; como tampoco, se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas y muchos menos la competencia, por lo que se concluye, que se está frente a una decisión ilegal, y destaca que la Contraloría no tuvo en cuenta que para la época de los hechos, regía el Decreto 1296 de 2000, mediante el cual se expidió el Manual de Funciones y Procedimientos del Banco de Programas y Proyectos de Inversión Departamental, además que las funciones que establecen los Decretos 327 y 328 de ninguna manera le imponía la obligación de verificar la veracidad de las certificaciones que expedía el Banco de Proyectos.

Se refiere a las declaraciones que rindieron algunos funcionarios de la Gobernación del Meta, y resalta que la entidad demandada, en otro proceso de responsabilidad fiscal que se adelantó en su contra determinó que la función de Directora de la Unidad de Contratación no conllevaba responsabilidad fiscal porque el presunto daño hacía referencia a sobrecostos presentados en la etapa precontractual, por el contrario, en la decisión que es objeto de demanda contradice su propia postura, pues allí estimó que en su calidad de directora sí la ejercía. Afirma que sin ningún fundamento la Contraloría le reprocha la falta de vigilancia sobre la interventora, pero que no existe prueba alguna que demuestre que la gestión de esta funcionaria hubiese sido irregular; que a lo largo del proceso fiscal se desconoció la presunción de inocencia puesto que no quiso analizar ni valorar las pruebas allegadas, tampoco explicó las razones para no tenerlas en cuenta y muy por el contrario desde el inicio del trámite fiscal fue evidente que primó la presunción de responsabilidad, vulnerándose el debido proceso, y expresa que sobre ella no puede recaer toda la responsabilidad, respecto de actuaciones que fueron ejecutadas por personas diferentes; y en la adición de la demanda, asegura que la determinación del sobrecosto de los maletines escolares, establecido por las profesionales comisionadas por la Contraloría, no tuvieron en cuenta los costos en que incurrió el contratista, los descuentos departamentales y menos los costos directos e indirectos que soportó la empresa "CI AVETEX S.A." para la producción de los maletines.

2. La Contestación de la demanda

2.1. La Contraloría General de la República en su escrito (fl. 379-408) se opone a las pretensiones de la demanda al considerar que los actos administrativos sobre los cuales se solicita su nulidad no adolecen de ningún vicio, toda vez que fueron expedidos conforme a las normas en que debían fundarse y respetando el debido proceso y el derecho de defensa de

los implicados; frente a los hechos, indicó que algunos son ciertos, otros lo son de manera parcial, unos no son ciertos o no le constan y los demás no son hechos, y que le incumbía a la parte probar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que se debate.

Señala que no obstante las manifestaciones de los cargos contra los actos acusados, no se observa una sustentación separada, clara y específica de los argumentos que sustentan cada uno de los motivos de nulidad, sino que se limita a exponer inconformidades sobre la valoración de las pruebas y los argumentos fácticos y jurídicos vertidos en las decisiones del proceso de responsabilidad fiscal, sin concretar y sustentar cada una de ellas.

Informa que los elementos que constituyen responsabilidad fiscal, contrario a lo afirmado por la demandante quedaron demostrados, precisa que de acuerdo con el desarrollo del proceso contractual, el Departamento del Meta adjudicó la Licitación Pública C-LP-CS-001 de 2004 a la empresa AVETEX S.A., cuyo objeto era la producción y comercialización de la línea textil hogar, que dio lugar al contrato No. 210 de 2004, para el suministro de morrales escolares; firma que para la ejecución del objeto subcontrató con 11 empresas satélites el corte, estampado y confección de los morrales, de las cuales algunas tenían objetos disímiles al del contrato 210 de 2004, por lo que se concluyó que la firma seleccionada era un comerciante y no un fabricante como exigían los pliegos de condiciones.

Adicionalmente, la fecha de entrega de los elementos no se hizo en la oportunidad establecida en los pliegos, por lo cual hay inobservancia de los lineamientos sustanciales que se reclaman en la etapa precontractual. Que en el trámite del proceso fiscal quedó demostrado el sobrecosto de los elementos, de acuerdo con la prueba trasladada al expediente, como fueron el peritaje practicado por el CTI y el concepto técnico del área de logística de la Policía Nacional, sin embargo, el dictamen que se tuvo en cuenta para la cuantificación del daño, fue el que se realizó dentro del proceso; se practicaron visitas a algunas de las empresas subcontratistas y para determinar el valor final, se tuvo en cuenta que el contratista no fue quien fabricó los morrales, y con los análisis se estableció que el sobrecosto en que incurrió el Departamento del Meta, fue de \$740.761.768.00.

Se refiere a la calidad de gestora fiscal de la demandante, a la conducta que se le reprocha, a sus funciones, a la intervención de otros empleados, que es claro el nexo causal entre la omisión de la Directora del Unidad de Contratación, quien coadyuvó para que se configurara el sobrecosto, trasgrediendo de manera manifiesta e inexcusable el artículo 209 de la Constitución y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, que el impuesto del valor agregado no se tuvo en cuenta en el del sobrecosto que se determinó y que en cuanto a la falta de congruencia, ésta no se presentó como quiera que los cuestionamientos que se realizaron en las providencias se concretaron en el incumplimiento de las funciones que debió asumir como directora, solo que en el fallo se realizó un mayor análisis respecto de las actuaciones en el proceso licitatorio y las normas violadas por parte de la demandante.

Propone las excepciones de *"Ineptitud sustancial de la demanda"*, *"Improcedencia de la pretensión por falta de causal de nulidad de los actos y por inexistencia de derecho a restablecer"* y la *"Inexistencia de derecho a restituir o reparar"*.

3. Trámite procesal surtido

3.1. Las partes. La demandante es María Custodia Prieto Moreno; y la demandada, la Nación-Contraloría General de la República.

3.2. La demanda se presentó, corrigió y adicionó (fl. 1-225, 294-306); se profirió auto admisorio (fl. 227-228, 346-347, 352-353), se notificó (fl. 238, 363), se fijó en lista (fl. 371) y se contestó (fl. 379-408). Se profirió auto de pruebas (fl. 410-411), las que se ordenaron fueron practicadas (fl. 772), y se dio traslado para alegatos de conclusión y concepto (fl. 773).

4. Los alegatos de conclusión

4.1. La demandante en su escrito (fl. 787-804) reitera los argumentos de la demanda, en especial los relacionados con las funciones que tenía a su cargo y sobre la falencias que presentaron los dictámenes periciales con los cuales se le declaró responsable; además, advierte que a pesar que la Ley dispone que dentro de un proceso sólo debe haber un dictamen pericial, en el de responsabilidad fiscal que adelantó la Contraloría General de la República, se tuvieron en cuenta dos más, el del Cuerpo Técnico de Investigación CTI y el de los asesores de la Procuraduría, y sin tener facultades para ello ordenaron otro dictamen.

4.2. La entidad demandada radicó sus alegatos (fl. 774-786); de manera general reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y precisa que en ningún momento los actos controvertidos tuvieron una finalidad distinta a la contemplada en la Ley y la Constitución, ni tampoco obedecieron a intereses personales, puesto que durante todo el desarrollo del proceso se atendieron los objetivos del órgano de control fiscal, tendientes a la protección del erario y a su recuperación cuando se presenta una indebida gestión fiscal, tal como se demostró en el plenario. De igual manera, afirmó que las funciones a cargo de la demandante no pueden considerarse como simplemente operativas o instrumentales, reitera que los presupuestos de la responsabilidad fiscal no fueron desvirtuados ni en sede administrativa ni tampoco en sede judicial, pues la accionante no demostró la inexistencia del daño patrimonial al erario, así como el nexo de causalidad entre su conducta y este.

5. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió pronunciamiento alguno en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la primera instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Son ilegales las providencias expedidas por la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal 0099, a través de las que se declaró responsable a la hoy demandante?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. La de *"Ineptitud sustancial de la demanda"*, que se funda en que no hay sustento fáctico o jurídico de las causales de nulidad, ni contiene hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción, no prospera, por cuanto el escrito demandatorio cumple con todos los requisitos que exigía el artículo 137 del C.C.A; de manera especial y frente a los señalados por la demandada, sí se incluyeron los hechos y el concepto de la violación (fl. 2-50), y en dichos acápite se exponen y sustentan las causales de nulidad que decidió plantear la demandante; se agrega que ninguna disposición del C.C.A. hace exigencias especiales sobre la forma o fondo en la que deben presentarse los hechos y el concepto de la violación en una demanda, ni establece límites mínimos o máximos de su extensión; cosa distinta es que no se comparta su estilo o contenido, como lo hace la entidad estatal, lo cual no configura motivo descalificatorio por parte del Juez; en consecuencia, la demanda tiene plena aptitud legal para abordarse su estudio.

Respecto de las denominadas *"Improcedencia de la pretensión por falta de causal de nulidad de los actos y por inexistencia de derecho a restablecer"* e *"Inexistencia de derecho a restituir o reparar"*, se precisa que no se tienen como excepciones propiamente dichas, toda vez que no constituyen hechos que se opongan a las pretensiones de la demanda; por el contrario, son aspectos sustanciales de derecho y argumentos de defensa, que se dirimirán al momento de decidir el proceso, por cuanto son temas objeto del debate judicial. Por lo tanto, conforme con el resultado que se expondrá en las presentes consideraciones, de manera consecuencial se tendrá la respuesta a los planteamientos efectuados en tales aspectos.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, C.C.A)³.

2.3. Procesos fiscal, penal y disciplinario. Se aportaron al expediente el proceso de responsabilidad fiscal No. 0099 adelantado por la Contraloría General de la República (fl. 409 -2 CD; a.2), y documentos de los procesos disciplinarios 156-125887-05 y 2017-590454 (fl. 542-578, 610-631) y penal 2008-00163 (fl. 689-769), referidos todos a los hechos que aquí se cuestionan. Se les dará valor probatorio, pues fueron pedidos en la demanda (fl. 50-52), y decretados como prueba (fl. 410). Además, se cumplen los lineamientos que sobre el particular ha establecido el Consejo de Estado, toda vez que permanecieron a disposición de las partes durante el curso del proceso para su debida contradicción, sin cuestionamiento alguno respecto de su contenido, se trata de pruebas conducentes, pertinentes y útiles para decidir el caso, y se tiene en cuenta lo referido a versiones libres, indagatorias y declaraciones sin la gravedad del juramento, así como las valoraciones que correspondan sobre los demás elementos probatorios, y los estándares de convencionalidad en este tipo de casos, entre los criterios aplicables (M.P. Hernán Andrade Rincón, 28 de julio de 2011, rad. 19001 233100019970200101, 20510, M.P. Danilo Rojas Betancourth, 11 de septiembre de 2013, rad. 41001331 0001994765401, 20601, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 3 de diciembre de 2014, 730012331 000 20040211301, 45433, M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 31 de agosto de 2017, rad. 13 001233100020010149201, 41187).

2.4. Se aclara que si bien inicialmente se ordenó vincular a Ángel Guillermo Fuentes Reyes, Jairo Antonio Fernández Torres, a la Compañía de Seguros La Previsora y a la Sociedad C.I. Avetex (fl. 227-228), la providencia después se dejó sin valor y efecto, para tener como única demandada a la Contraloría General de la República (fl. 346-347, 352 a 353).

2.5. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo del Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia de primera instancia; todos los demás procedimientos, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo, "c.pr" es cuaderno de pruebas y "c.TAM" es el cuaderno del Tribunal remitente; si no se cita c., se hace referencia al principal como uno solo así esté en varias carpetas. Al indicar *a quo* o *ad quem*, se trata de la primera o la segunda instancia, respectivamente.

- a. Actos administrativos demandados: Fallo con responsabilidad fiscal No. 00012 del 16 de noviembre de 2007; Auto No. 000221 del 28 de marzo de 2008, y Fallo No. 0001 del 13 de enero de 2009, proferidos por la Contraloría General de la República (fl. 55-174).
- b. Normas jurídicas departamentales: Decretos 1296 de 2000, 047, 327, 328 y 332 de 2002, 0058 de 2003; Acuerdos 001, 003 y 005 de 2002 (fl. 177-224, 428-429, 597-598).
- c. Certificación de honorarios profesionales (fl. 225).
- d. Documentos laborales de Myriam Yolanda Castillo Díaz y Astrid Elvira Barriga Claro (fl. 513-520) y de Nelson Acosta Rodríguez y Fernando González Pérez (fl. 584-592).
- e. Oficio de la Cámara de Comercio de Bogotá y anexos (fl. 528-540).
- f. Documentos de los procesos disciplinarios 156-125887-05 y 2017-590454 (fl. 542-578, 610-631).
- g. Documentos del proceso penal 2008-00163 (fl. 689-769).
- h. Testimonios de Cielo Patricia Sánchez Rodríguez, Luz Ángela Rincón Escobar, Juan José Velásquez Flórez (fl. 599-601) y William Cruz Rojas (fl. 647-648).
- i. Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 0099, adelantado por la Contraloría General de la República (fl. 409 -2 CD; a.2).
- j. Contrato 210 de 2004 y anexos (fl. 580-583; a.1).

4. El caso concreto

La demandante considera que las decisiones proferidas por la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal 0099, a través de las cuales se le declaró responsable, están incursas en varias causales de ilegalidad, y pide que en este proceso se declare la nulidad de los actos administrativos que las contienen.

4.1. El control fiscal

El mandato constitucional. El artículo 267 de la Constitución Política, establecía –Fue reformado con posterioridad en 2015 y 2019– que “*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. (...) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye 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. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial". Así mismo, el artículo 268 de la C. Po. en el numeral 5 consagra que le corresponde al 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, para lo cual tendrá prelación".

La concreción legislativa. El mandato constitucional fue concretado por la Ley 610 de 2000, *"Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías"*, que en su artículo 1 establece que el proceso de responsabilidad fiscal es *"es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta -bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal (Corte Constitucional, sentencia C-840 de 2001-, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."* Cuyo objeto *"es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal"*, de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de dicha Ley.

Para que se declare la responsabilidad fiscal en contra de alguna persona y conforme con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, se debe acreditar la existencia de los siguientes tres elementos: 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 elementos anteriores.

Y la propia Ley estableció en su artículo 3, que *"se entiende por gestión fiscal 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"*. Además, reguló la actuación procesal respectiva y el trámite del proceso (Artículos 22-57) y las consecuencias de la declaración de responsabilidad fiscal (Artículos 58-61).

A la Ley 610 de 2000 se suma la Ley 4 de 1993, que consagró los principios, los sistemas y los procedimientos técnicos del control fiscal (Artículos 8-

19), sus modalidades (artículos 20-34), la jurisdicción coactiva (Artículos 90-98) y las sanciones (Artículos 99-104).

El precedente jurisprudencial. La Corte Constitucional⁴ ha señalado *“que en el marco de las atribuciones constitucionales conferidas al Contralor General de la República y a los contralores en sus respectivos órdenes, se encuentra la de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de ésta. Esa responsabilidad fue reglamentada en la Ley 610 de 2000 y su objetivo primordial es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal.”*

Sobre los elementos de la responsabilidad fiscal, establece la misma Corte que en cuanto a la conducta, se refiere al comportamiento activo u omisivo, doloso o gravemente culposos de un agente en la realización de actividades que comportan gestión fiscal; en cuanto al elemento daño, el artículo 6 *ibídem*, se ocupó de definirlo, como: *la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público*⁵.

Sobre el nexo causal, la jurisprudencia ha sostenido que se requiere una causalidad física de *– la conducta antijurídica del servidor–* y una causalidad jurídica *– que se relaciona con la exigibilidad personal, funcional o contractual contenidas en las normas–*, por lo tanto, *“implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida y el daño producido, debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto de la cual solo puede predicarse una ruptura cuando entra en escena la llamada causa extraña que puede operar bajo la denominada fuerza mayor o el caso fortuito.”*⁶

En la sentencia de constitucionalidad C-840 de 2001, la Corte Constitucional, sobre la gestión fiscal, consideró:

“Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes

⁴ Sentencia SU-431 de 2015

⁵ El texto subrayado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007

⁶ Corte Constitucional - Sentencia SU-431 del 9 de julio de 2015.

tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

En este punto resulta relevante traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la misma sentencia, en el sentido que la responsabilidad fiscal, solamente puede recaer sobre los servidores públicos o excepcionalmente sobre particulares que ejercen gestión fiscal, así lo reiteró esa Corporación:

“Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”

Por su parte, el Consejo de Estado, sobre este mismo concepto ha señalado en sentencia de M. P. María Elizabeth García González, septiembre 15 de 2016, rad. 25000-23-41-000-2013-02564 01, 2013-02564 (Al igual que en la sentencia de M. P. María Claudia Rojas Lasso, 12 de noviembre de 2015, rad. 05001233100020040166701, entre otras), en la que consagró:

"En tratándose del alcance del concepto de gestión fiscal y de los sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal, es preciso traer a colación la sentencia de 26 de agosto de 2004 de esta Sección (Expediente núm. 05001-23-31-000-1997-2093-01, Actor: Luis Carlos Ochoa y Norma Amparo Valencia Osorio, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que se señaló: (...)

"De la definición transcrita deduce la Sala que el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.

Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley:

"(...) 3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal.

Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal... Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, **tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores**. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. **Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares⁷, sin que para nada importe**

⁷ Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).

su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

4. El proceso de responsabilidad fiscal. (...)

Dicho proceso permite establecer la responsabilidad de quien tiene a su cargo bienes o recursos sobre los cuales recae la vigilancia de los entes de control, con miras a lograr el resarcimiento de los daños causados al erario público. De esta forma, el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos⁸. (...)

En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso⁹ según voces del artículo 29 Superior.(...)"

Con posterioridad a los hechos que aquí se discuten, se reformó el proceso de responsabilidad fiscal, se creó el procedimiento verbal, y se dictaron medidas para el fortalecimiento del ejercicio de la función de control fiscal, todo ello a través de la Ley 1474 de 2011 (Artículos 97-130), además de las ya referidas reformas constitucionales de 2015 y 2019, disposiciones normativas que por el tiempo de su expedición no resultan aplicables al caso bajo estudio.

4.2. Sobre las causales de nulidad endilgadas

La demandante considera que los actos administrativos impugnados están incursos en las siguientes causales de nulidad que contemplaba el Código Contencioso Administrativo en el artículo 84: Infracción de normas en que deberían fundarse (Dentro de ellas, la violación del derecho al debido

⁸ Op. Cit. SU 620 de 1996

⁹ En la sentencia varias veces citada SU 620 de 1996 se establece el alcance del derecho al debido proceso en el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "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 competente), 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."

proceso, artículo 29, C. Po, desconocimiento del derecho defensa), falsa motivación, y desviación de poder.

Sobre la figura jurídica de la falsa motivación, el Consejo de Estado se ha referido (M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 6 de septiembre de 2018, rad. 05001 233100020030226201, 2809-13; M. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, 10 de octubre de 2018, rad. 11001-03-25-000-2012-00036-00, 0143-12; M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, 31 de octubre de 2018, rad. 25000-23-42-000-2015-00753-01, 3786-16, entre otras), y de providencias como las citadas, se establece el siguiente esquema:

- Es el vicio de nulidad que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho o de derecho que se aducen en respaldo de su expedición.

- Ocurre cuando:

i) Los fundamentos de hecho no existen, son contrarios a la realidad bien sea por error o por razones engañosas o simuladas, o se les da un alcance que no tienen, o no guardan correspondencia con la decisión.

ii) Los fundamentos de derecho no existen, o están distorsionados, o se dan de manera engañosa, fingida, simulada, o falta de veracidad, o con un alcance que no tienen o es distinto o contrario; también, cuando se considera como no existente una norma jurídica que, en realidad, existe, o se le aplica a un caso que aquella no contempla.

- No implica que para la ocurrencia de la causal se necesite la intención dolosa de falsear los motivos, pues basta la errónea motivación, la equivocación involuntaria, sin intención de encubrir o aparentar nada.

- Quien la endilga tiene la carga de demostrar la causal.

Sobre la desviación de poder, el Consejo de Estado (M.P. César Palomino Cortés, 26 de abril de 2018, rad. 05001233100020000364001, 0577-12 y M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 20 de septiembre de 2018, rad. 2500023250002010 0073901, 4541-13, entre otras) se ha pronunciado; en la última de estas sentencias consagra que *"La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público-venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías"*.

También precisa nuestra Alta Corte (M. P. William Hernández Gómez, 15 de noviembre de 2018, rad. 05001233300020130175401, 4450-16) que *"[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.*

"De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar. [...]"

De manera que cuando se actúa con desviación de poder, se trata de disfrazar con aparente legalidad y en uso real de competencia, la finalidad de una decisión que obedece a otras razones que se ocultan; esta circunstancia hace que sea de las causales de ilegalidad más difíciles de probar, por lo cual se acepta que se acredite aún con indicios, pero ello no releva al demandante de su deber de demostrarla.

Señala la demandante, que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación y desviación de poder, en razón a que la entidad demandada le impuso un deber funcional que no le correspondía, como la i) de revisar el pliego definitivo que estructuró la Secretaría, que era la dependencia que tenía la necesidad de adelantar el proceso contractual; ii) de verificar que los estudios previos presentados por la Secretaría de Educación se ajustaran a las disposiciones del Decreto 2170 de 2002, puesto que esa era una función que no le había sido atribuida a la Unidad, en los actos de creación y tampoco estaba establecida en los manuales de funciones, por tanto considera que resulta equivocado que la Contraloría le atribuya funciones de control y vigilancia sobre los actos administrativos que expedía el Departamento, que no habían sido previstas en los actos de creación de la entidad; iii) así mismo, cuando la entidad demandada argumenta que las actividades de adjudicar una licitación pública y suscribir los contratos por delegación, denotan gestión fiscal, en el entendido que dicha actividad compromete el erario, al respecto expone que no existe acto administrativo en el cual el Departamento del Meta le haya delegado la función de ordenadora de gasto, ni de gestión fiscal, pues nunca tuvo a disposición los recursos de la entidad, por el contrario cada Secretaría tenía

a cargo su presupuesto y eran los titulares de cada Despacho, quienes administraban tales recursos y finalmente concluye que la firma del contrato por sí solo no implica gestión fiscal.

Respecto de la Unidad Administrativa Especializada para Proyectos y Contratación del Departamento del Meta, se encuentra que el Gobernador del Meta en virtud de las facultades establecidas en la Ordenanza 473 de 2001 expedida por la Asamblea Departamental, expidió el Decreto 327 de 2002¹⁰, mediante el cual se creó la Unidad Administrativa Especializada para Proyectos y Contratación del Departamento, entidad que de conformidad con el artículo primero del referido decreto, era un *"organismo de carácter eminentemente técnico y especializado, descentralizado, de orden Departamental con autonomía administrativa y financiera que adelante se señala, adscrito al despacho del Gobernador, con el objetivo general de atender todas cada una de las competencias en materia de contratación estatal, que corresponde al nivel central del Departamento del Meta"*.

De conformidad con el artículo segundo de dicho decreto, la Unidad Administrativa Especializada para Proyectos y Contratación del Departamento del Meta, tiene las siguientes funciones:

- "1. Adelantar en su integridad los procesos contractuales necesarios, para la ejecución de las partidas de funcionamiento y de inversión de la administración central del departamento del Meta.***
- 2. Ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y la escogencia del contratista en los términos y bajo las condiciones de las normas que rigen la contratación de la administración pública.***
- 3. Celebrar los contratos y convenios interadministrativos del sector central del departamento del Meta.***
- 4. Ejecutar todos y cada uno de los actos propios de la actividad contractual, previos, concomitantes y posteriores a la celebración de los mismos."***¹¹ (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, mediante el Decreto 328 de 2002¹² expedido por el Gobernador del Meta, se estableció el manual de funciones de la Unidad Administrativa Especializada para Proyectos y Contratación del Departamento, asignándole en el artículo primero al Director de la Unidad, las siguientes:

- "1. Fijar las políticas y adoptar los planes generales relacionados con la entidad de conformidad con los objetivos en el auto de su creación.***
- 2. (...)***
- 5. Cumplir y hacer cumplir estrictamente las disposiciones, que regulan los procedimientos en materia de contratación estatal y las demás disposiciones que regulan los trámites administrativos internos.***
- 5. (...)***

¹⁰ Folios 805 al 810 de la carpeta 5 del proceso de responsabilidad fiscal que obra en medio magnético visible a folio 409 del C-2.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Folios 796 – 797 de la carpeta 5 de del proceso de responsabilidad fiscal que obra en medio magnético visible a folio 409 del C-2.

8. Proferir los actos administrativos y contractuales requeridos para el cumplimiento del objetivo de la entidad y suscribir en nombre del departamento y como representante de la entidad descentralizada los contratos que requiera el nivel central.
9. (...)
12. Adelantar dentro del marco de las funciones propias de la entidad, las gestiones necesarias para asegurar el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos.
13. (...)" (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, el artículo 4 del Acuerdo No. 001 de 2002 "por medio del cual se adopta el estatuto interno de la Unidad Administrativa Especial para Proyectos y Contratación Pública del Departamento del Meta", establecía:

"Corresponde a la "Unidad de Proyectos y Contratación", atender de manera técnica especializada y exclusiva, todas y cada una de las competencias en materia de ordenación del gasto y el proceso de contratación estatal, que correspondan al Nivel Central del Departamento del Meta en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en las diferentes secciones presupuestales y en la realización de los diseños y estudios previos requeridos en proyectos de infraestructura sectorial y/o con beneficio intersectorial, concurriendo técnicamente con las secretarías y Dependencias o ejecutándolas directamente de ser necesario.

Parágrafo: Sin perjuicio de lo anterior, la ordenación del gasto de todo el manejo del recurso humano al servicio del Departamento estará en cabeza del Secretario respectivo. De manera semejante, la ejecución del gasto con recursos del Sistema General de Participaciones, será competencia exclusiva de los secretarios de Salud y Educación."

De lo precedente, establece la Sala que la Directora de la Unidad de Contratación tenía como función principal la de verificar el cumplimiento de las normas jurídicas que regían los procedimientos de la contratación estatal, para efectos de adelantar el proceso de selección del contratista.

No obstante y en contra de la normativa entonces vigente que se ha expuesto, la demanda y los testigos llamados al proceso, aducen contra lo probado en el expediente, que la Directora de la Unidad de Contratación no tenía asignada las funciones de realizar verificación o revisión jurídica a la etapa precontractual, predicando que ello estaba a cargo de la respectiva Secretaría, esto es, los estudios previos y las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones, y que ella simplemente hacía una comprobación frente a una lista de chequeo, respecto de los documentos que componían dicha etapa, y que de encontrarse la totalidad de los documentos, se daba inicio al proceso de selección del contratista; así lo manifestó Luz Ángela Rincón Escobar, en la diligencia de testimonio llevada a cabo el 6 de abril de 2017 (fl. 599 -601, c.3):

"...la iniciativa de las contrataciones provenía de la secretaría la unidad de contratación como tal no tenía ningún tipo de iniciativa ni podía iniciar una licitación por iniciativa propia por decirlo así simplemente en las secretarías se tramitaba todo lo relativo a la etapa precontractual entonces eran las secretarías las que gestionaban disponibilidades presupuestales, estudios de oportunidad y conveniencia y todos los documentos que se necesitaban antes de abrir la licitación una vez estaban esos documentos en la secretaría ellos nos los remitían a la unidad allí se hacía una revisión previa se les hacía una revisión previa, se les decía qué faltaba qué no faltaba, y ya cuando estaba todo, en el momento

de la apertura pues se ponían unas fechas tentativas dadas por cada secretaría y pues en ese momento mirábamos si faltaba o no faltaba algo o si estaba completa la documentación se abría si no pues devolvía para la secretaría para que la completaran...”

Por su parte, la testigo Cielo Patricia Sánchez Rodríguez, en la misma diligencia de testimonio, realizó similar manifestación, en el sentido que la etapa previa del proceso contractual lo realizaba la Secretaría respectiva y ésta remitía a la Unidad de Contratación, en una carpeta la documentación que componía la etapa precontractual, y lo que se realizaba en la Unidad era una verificación o chequeo de los documentos a efectos de establecer si resultaba procedente abrir el proceso de licitación.

Sobre la forma de cómo estaba organizada la Unidad de Contratación, William Cruz Rojas, en diligencia de testimonio adelantada el 21 de septiembre de 2017 por comisionado en Ibagué, manifestó:

“.....vuelvo y le preciso esto, si uno entiende que el proceso contractual se divide en tres grandes etapas precontractual que va hasta antes de la celebración del contrato, contractual que corresponde a la ejecución del contrato y la poscontractual que es el trámite de liquidación, la unidad de contratación donde nosotros laborábamos durante la etapa precontractual hacíamos la etapa previa, es decir, en ese momento entró en vigente el Decreto 2170 de 2002 y fue cuando entró el cuento que tocaba publicar los proyectos de pliegos de condiciones y todo ese tema, entonces que pasa, la dependencia interesada agotaba la etapa de planeación, dentro de la etapa de planeación que podemos incluir: realizada los estudios de precios de mercado, que es un estudio de precios de mercado, es verificar cuál es el valor probable de ese bien, obra o servicio en el mercado... eso lo hacía la dependencia interesada, estoy hablando de la etapa de planeación, cuando los recursos vienen de inversión hay que elaborar una vaina que se llama proyecto de inversión que se inscribe en el banco de programas y proyectos para poder afectar un gasto, eso lo adelantaba la dependencia interesada cuando hablo de dependencia interesada entiéndase la secretaría de salud, educación la que fuera, la dependencia interesada con todos esos insumos elaboraba lo que en ese momento se llamaban los estudios de conveniencia y oportunidad....qué más elaboraba, identificaba las condiciones con las cuales quería seleccionar al contratista: experiencia, capacidad económica y se establecía dentro de los estudios previos, recuérdese que con los estudios se elaboran los pliegos de condiciones o los proyectos de pliegos de condiciones, verificaba la entidad si dentro del presupuesto asignado tenía una partida presupuestal con la cual soportar este gasto.... solicitaba el certificado de disponibilidad presupuestal es decir estructuraba el proceso y ordenaba el gasto.... porque ellos tenían la capacidad técnica y el conocimiento de lo que realmente requerían, contaban con el acompañamiento de nosotros en la unidad de contratación sobre todo porque siempre en los funcionarios hay muchas dudas de contenido jurídico.... Pero la responsabilidad era de cada dependencia, cuando nos entregaban a nosotros el paquete ya con pliego y todo, nosotros publicábamos y adelantábamos el proceso de selección manejábamos las etapas de publicación del proyecto de pliego de condiciones, resolverles las observaciones a los proyectos resolverle las observaciones a los pliegos definitivos, participar en las audiencias evaluar desde el punto de vista jurídico – financiero porque la evaluación técnica también le correspondía a la dependencia interesada era la que conocía del tema... nosotros adelantábamos hasta la celebración del contrato, adjudicábamos y se aprobaba la póliza y después.... se enviaba a la secretaría interesada y ellos vigilaban la ejecución del contrato... y cuanto venía la liquidación del contrato, venía todo nuestro acompañamiento para efectos de liquidar, pero la que firmaba el acta era la doctora María Custodia.”

En dicha diligencia, el Procurador le indagó al testigo, si la Unidad de Contratación tenía la capacidad de modificar los estudios previos, los precios del mercado, y al respecto el declarante contestó:

"No mi doctor, mire es que como les explicaba, el que realmente conocía el detalle desde el punto de vista técnico era la secretaria porque allá existían los que realmente conocían de estos temas... uno conoce desde el punto de vista jurídico... pero si ya es el detalle técnico si le correspondía a la entidad entonces que se hacía que si de pronto se formulaba el pliego de condiciones y los eventuales proponentes presentaban observaciones... volvía y se llamaba a la dependencia interesada... y con el concepto de la dependencia se aceptaban o no las observaciones... la entidad como tal no hacía ese tipo de modificaciones vuelvo y le insisto porque a nosotros nos presentaban ya estructurado el proceso como se tenía que adelantar."

Si bien todos los testigos son coincidentes en afirmar que la verificación y control de la etapa precontractual no estaba atribuida a la Directora de la Unidad, sus dichos quedan desvirtuados con las funciones asignadas en el Manual de la referida dependencia, adoptado mediante Decreto 0328 de 2002 y del acto administrativo de creación Decreto 327 de 2002; de manera que es claro que su función principal era la de ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y la escogencia del contratista en los términos y bajo las condiciones de las normas jurídicas que regían la contratación estatal.

Entonces, no tiene respaldo fáctico ni jurídico acoger que en razón a que la etapa precontractual era adelantada por la Secretaría de Educación, la Unidad de Contratación quedaba relevada de verificar los presupuestos que sustentaban el proceso de licitación, esto es, las condiciones técnicas de los elementos que se pretendían adquirir, la cantidad, la calidad y especialmente su valor o precio que se encontrara ajustado a los precios del mercado, con lo que no era dable que la Unidad de Contratación pasara por alto circunstancias tan relevantes propias del proceso contractual. Esta dependencia y su personal, en cabeza de la Directora, no eran meros convidados de piedra, máxime cuando existían y estaban vinculados precisamente como un órgano y servidores públicos expertos en el tema.

De ahí que quedó desvirtuado lo señalado por la demandante, frente a que no estaba dentro de sus funciones la revisión y verificación de todos los aspectos de los pliegos de condiciones para la contratación, en este caso de los morrales escolares, cuando es ella quien en dicha calidad suscribe el pliego de condiciones definitivo y atiende las solicitudes de los interesados y dirige la audiencia de aclaración de los mismos; así como las diferentes modificaciones -adendas 1, 2 y 3- como se observa a folios 7 a 64 del anexo 1. Los términos fijados para las funciones de la Unidad y su Directora no son siquiera los de gestionar o asesorar o colaborar; son expresos mandatos de "Adelantar en su integridad", "Ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos", "Celebrar", "Ejecutar todos y cada uno de los actos propios de la actividad contractual, previos, concomitantes y posteriores", "Fijar", "Cumplir y hacer cumplir estrictamente", "Proferir". Estas actuaciones las hacían, a la Unidad y a la Directora, participantes de

primer orden, decisorias en nivel definitivo, con las consecuencias responsabilidades en caso de errores administrativos, financieros, económicos y de legalidad en todos sus aspectos.

Sobre este asunto, consideró la entidad demandada:

"La revisión definitiva de los pliegos, es una actuación inmersa dentro del proceso de contratación y le compete a la Unidad de Contratación de la que era directora la implicada MARÍA CUSTODIA PRIETO, no se concibe que dicha Unidad especializada en el tema de la contratación, no sea garante del cumplimiento de las normas que reglamentan la materia, era allí donde se debía verificar que los pliegos estuvieran bien elaborados y hubieran cumplido los requisitos exigidos por la Ley. Si no se hicieron en su momento observaciones al pliego deduce este Despacho, que MARÍA CUSTODIA estuvo de acuerdo con el pliego que presentó el Secretario de Educación. Se pregunta la Delegada, sino es la Unidad de Contratación el ente con autoridad para conocer las normas del proceso de contratación y ser garante de que se cumplan, entonces quién?"

Al firmar la adjudicación de la licitación y del contrato 210 de 2004, se avalan las actuaciones que le antecedieron a dichos actos, y se compromete la responsabilidad de quien lo hace. Ahora, no es de recibo para el Despacho, que se pretenda hacer creer, que lo único que hacía la Unida de Contratación en cabeza de MARÍA CUSTODIA PRIETO, era revisar que los documentos llegaran completos y que le indicara la existencia de los estudios previos, es decir, la Unidad como ente especializado y técnico sólo se encargaba de poner vistos buenos o constar que físicamente existiera un papel sin verificar su contenido y alcance legal, si bien es cierto no se puede exigir que de manera personal lo hiciera la Directora de la Unidad, también es cierto que ella contaba con funcionarios y asesores que estaban bajo su mando y dirección, a quienes ella debían controlar que lo hicieran" (fl. 132).

La Sala encuentra ajustado a derecho lo concluido por la Contraloría General de la República, pues es cierto que la demandante en su calidad de Directora de la Unidad de Contratación era garante en el cumplimiento de las previsiones normativas vigentes en el momento en que se adelantó el proceso contractual, ya que además si la demandante dio inicio al proceso para seleccionar al contratista que suministraría al Departamento del Meta los morrales escolares, era porque el proceso precontractual se había cumplido a cabalidad y en razón a que existía suficiente claridad y evaluación del precio y de la calidad de los bienes que se iban a adquirir, así como de las condiciones en las que se debía ejecutar el objeto del contrato. Por lo tanto, no tiene algún sustento jurídico la afirmación de la demandante en relación a que en su cargo simplemente ejecutaba y adelantaba el proceso con la documentación que le remitían las respectivas secretarías, y que no estaba dentro de su deber funcional realizar verificación alguna del proceso precontractual. Con lo que encuentra respaldo la consideración de la entidad demandada en cuanto que a pesar que la demandante, como directora de la Unidad de Contratación del Departamento del Meta, no adelantaba el correspondiente proceso precontractual, las actividades de adjudicar una licitación pública y de suscribir un contrato por expresa asignación de funciones, son manifestaciones taxativas de actos que denotan gestión fiscal, ya que la suscripción de ellos comprometen dineros públicos y por ello es incontrovertible su responsabilidad.

A lo anterior se agrega que para corroborar la condición de gestora fiscal que ostentaba la hoy demandante, concurrían en ella los aspectos funcional y orgánico (Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001 y Consejo de Estado, rad. 0500123310001997209301, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 26 de agosto de 2004). El primero, por cuanto de conformidad con el transcrito artículo 3 de la Ley 610 de 2000, tenía participación directa y decisoria en *"el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos ... que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, ... gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a ... 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 ..."*. Y el segundo, pues tenía la competencia de origen legal y reglamentario para intervenir en la gestión del negocio público por el cual se le responsabilizó, y efectivamente intervino. Con ello, no solo ejercía actividades de administración del patrimonio estatal, sino que también las desarrollaba como servidora pública habilitada para hacerlo, como se demostró atrás con las disposiciones departamentales que se transcribieron.

Se agrega que la gestión fiscal no es exclusiva del ordenador del gasto o Jefe de la entidad; y a manera de ejemplo se cita que también la podría ejercer el supervisor del contrato, a pesar que no participa en ningún trámite precontractual, no lo adjudica ni lo suscribe, ni dirige la actuación contractual previa a su intervención en el mismo; pero con la designación y su acción durante la ejecución, administra el patrimonio estatal y si se presentan los elementos de la responsabilidad fiscal, puede ser sancionado. Por lo tanto, se encuentra probado que en el presente asunto, se reúnen las condiciones necesarias para concluir que la demandante sí disponía de la calidad de gestora fiscal frente al Contrato 210 de 2004.

Por otra parte, los requisitos legales que deben tener en cuenta los servidores públicos previo a la apertura de un proceso licitatorio, se encuentran contemplados en los artículos 24 numeral 5 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, que señalan que antes se deben establecer las condiciones, reglas claras y justas que permitan a los oferentes presentar sus propuestas; de la misma manera, se debe definir con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto a contratar.

A su turno, el numeral 12 del artículo 25 *ibídem*, establece que antes de dar apertura al proceso contractual se deben elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos según el objeto del mismo.

Por su parte, el Decreto 2170 de 2002 –Se resalta y aclara que algunos de sus artículos, no todo el decreto como lo sugiere la demanda, fueron suspendidos y anulados por el Consejo de Estado, entre otras providencias, en las del 13 de mayo de 2004, exp. 24524, M. P. Ricardo Hoyos Duque y

3 de diciembre de 2007, exp. 24715 (acumulado), M. P. Ruth Stella Correa Palacio- reglamentó entre otras disposiciones, los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y definió la información mínima que debían contener los estudios previos que analizaran la conveniencia y la oportunidad para realizar la contratación:

"Artículo 8. De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista."

Debe tenerse entonces, que el respaldo económico del contrato se relaciona con el contenido del artículo 6 del mismo decreto, que ordena a las entidades públicas a consultar los precios o condiciones del mercado, el cual señala:

"Artículo 6. De la consulta de precios o condiciones del mercado. La consulta de precios o condiciones del mercado en los procesos de selección, se surtirá a través del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) a que se refiere la Ley 598 de 2000 para el caso de los bienes o servicios allí registrados. La entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si de tal análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, la entidad podrá descalificarlos ó declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo.

Quando la entidad carezca de la infraestructura tecnológica y de conectividad para acceder a la información del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE), la consulta de precios o condiciones del mercado se entenderá verificada con el estudio que la entidad realice para el efecto, del cual deberá dejar constancia por escrito." (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo señalado en el acto administrativo que resolvió la segunda instancia, la Contraloría precisó y aceptó que para el momento de la realización del proceso contractual sobre el que se discute, la entidad no estaba obligada a cumplir con la consulta de precios SICE¹³, por lo que se

¹³ "En cuanto a la consulta en el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal – SICE, esta obligación corresponde a la Entidad y en este caso sería la Gobernación del Meta quien incumplió tal deber fiscal, sin embargo, el Departamento del Meta entró al sistema sólo desde su inclusión en el Acuerdo SICE No. 0002 del 22 de septiembre de 2004, por lo tanto este cotejo no era exigible para el momento del proceso contractual que hoy nos ocupa."

concluye que dicho requisito se suplía con la consulta de precios o condiciones del mercado como lo señala la norma jurídica transcrita.

Sobre el cumplimiento de este requisito, en la diligencia de versión libre (Conforme se planteó en el numeral 2.3. de estas consideraciones, las manifestaciones que se hagan en indagatorias o versiones libres, no se tienen en este proceso contencioso administrativo como plena prueba, pero sí como indicios) rendida por Jairo Antonio Fernández Torres, el 17 de febrero de 2005¹⁴ dentro del trámite de responsabilidad fiscal, señaló: *"La secretaría de Educación en la contratación arriba referenciada solamente tuvo las siguientes actuaciones: Primero: se le solicitó a la oficina de Compras y bienes de la unidad de contratación cotizar 150.000 maletines (.....). Era mi deber pedir las cotizaciones ya que yo no estoy facultado como secretario para cotizar donde yo quisiera porque resultaría asumiendo funciones propias de la unidad de contratación.... Segundo: con base en las cotizaciones remitidas por el doctor ANGEL GUILLERMO FUENTES REYES, se le pidió a la doctora MARCELA QUIGUA realizar el estudio de conveniencia y oportunidad con los parámetros que tradicionalmente se había manejado en la Secretaría de Educación...."*; continuó señalando el versionado que junto con las cotizaciones, el estudio de conveniencia y oportunidad, el certificado expedido por el banco de programas y proyectos, el certificado de disponibilidad presupuestal, los términos de referencia fueron enviados a la Unidad de Contratación *"para que realizara los trámites, como son seleccionar el contratista, ajustar precios y todos los demás requisitos para la celebración del contrato..."*.

De otra parte, en la diligencia de versión libre rendida por Ángel Guillermo Fuentes Reyes, en su calidad de Jefe de la Oficina de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la Gobernación del Meta y miembro del comité técnico evaluador, sobre la realización de las cotizaciones solicitadas por la Secretaría de Educación, indicó¹⁵:

"Debo aclarar que para los primeros días del mes de enero de 2004, la Secretaría de Educación, solicitó a la Unidad de Contratación la cotización de unos elementos para paquetes escolares, dichas cotizaciones se realizaron y en su momento se enviaron a la Secretaría de Educación, las cuales fueron radicadas allí y que apporto a esta diligencia, de Sell Suministro Educativo del Llano Cooperativa de Trabajo Asociado y Servicios del Meta – Cooptra Servimeta y Leer impresos. Es de anotar que todas las secretarías piden cotizaciones para realizar sus respectivos proyectos, disponibilidades, presupuestos oficiales...".

A folios 1052 a 1058 de la carpeta No. 53 del expediente del proceso de responsabilidad fiscal No 99, obra copia de las cotizaciones a las que hace mención Ángel Guillermo Fuentes Reyes.

Por su parte, la demandante sobre este mismo asunto, en la diligencia de versión libre rendida el 2 de diciembre de 2004, ante el órgano de control,

¹⁴ Expediente Proceso de Responsabilidad Fiscal - Carpeta No. 53 folio 1012 de Cd que obra a folio 409.

¹⁵ Ver folio 1044 de *ibídem*.

luego de explicar el procedimiento para iniciar el proceso contractual y que dio lugar a la suscripción del contrato No. 210 de 2004, cuyo objeto era el suministro de morrales escolares, indicó:

“Respecto a los sobrecostos, debo enfatizar que dentro de mis funciones no está la de revisar precios, elaborar presupuesto o hacer consultas de mercado, eso le corresponde a la oficina que elabora el Proyecto de Inversión que para el caso que nos ocupa de la Secretaría de Educación, no se que dependencia, pues para hacer un proyecto se debe tener en cuenta no solo la necesidad de la comunidad sino que hay que precisar el valor que acarrea esa necesidad y para ello dentro del mismo proyecto incluirá el presupuesto oficial, la población beneficiada y lógicamente desde allí, es decir, desde el mismo proyecto se determina el valor de la inversión, esa es la razón por la cual se expide la disponibilidad presupuestal y en el pliego de condiciones se anota el valor del presupuesto oficial estimado que para el caso de los morrales dice textualmente en su numeral 1.3. EL DEPARTAMENTO DEL META considera que el valor del suministro de la presente licitación pública asciende a la suma de \$3.458.619.000.00, incluido el IVA (...).

Es importante que se revise el Proyecto elaborado por la Secretaria de Educación para esta contratación que es el 719 del 2003 donde consta en el formato de flujo de costos del Proyecto, que la dotación de morrales de la Alegría a estudiantes tiene un valor de \$3.459.000 y la dotación de útiles escolares a \$1.987.000 para una población de 150.000 estudiantes.

En el estudio de oportunidad y conveniencia que me remite el Secretario de Educación para la adquisición de los 150.000 morrales también me hace relación al presupuesto oficial cuando dice que la Secretaria de Educación cuenta para la contratación de ese suministro con la suma de \$3.458.619, valor que incluye el precio básico y los impuestos y además me dice que el costo corregido de la oferta no podrá exceder el valor del presupuesto oficial, hago entrega del estudio mencionado y del oficio remitido por el Secretario de Educación, donde se solicita el inicio del proceso contractual.” (fl. 786 - 789 C-4 del expediente de responsabilidad fiscal)”.

En la misma diligencia, cuando la contraloría le preguntó a la hoy demandante, si sabía quién había adelantado las cotizaciones para el suministro de morrales escolares, indicó:

“PREGUNTADA Sírvase decir al Despacho quien o quienes efectuaron las cotizaciones para el suministro de los paquetes de útiles escolares y los morrales tipo primaria y secundaria, objetos de los contratos 208 y 210 de 2004. CONTESTO: No se porque que a mi despacho directamente, nunca llegó solicitud en tal sentido y desconozco si la solicitaron a otra oficina. (fl. 790 C-4 del expediente de responsabilidad fiscal)”.

Advierte la Sala que la anterior afirmación, es desvirtuada con la prueba documental que obra en el expediente de responsabilidad fiscal, pues a folio 616 de la Carpeta 51 aportado en medio magnético¹⁶, se observa el oficio *-sin número y fecha-* dirigido a la Unidad de Contratación mediante el cual el Secretario de Educación solicitó a esa dependencia que se realizara la cotización de los elementos para la adquisición de 150.000 kits escolares, en el cual se encuentra la firma de recibido en la parte inferior, *-Angela Rn - jurídica contr-* nombre que coincide con el de la funcionaria que se desempeñaba para la época de los hechos, como Jefe de la Oficina

¹⁶ Cd visible a folio 409.

Jurídica de la Unidad de Contratación de la Gobernación del Meta, de acuerdo con la diligencia rendida por Luz Ángela Rincón Escobar, ante la Fiscalía General de la Nación.

A su vez, la mencionada funcionaria, en atención a la solicitud realizada por la Secretaría de Educación, requirió al Jefe de la Oficina de Compras, la elaboración de cotizaciones de los elementos con el fin de dar inicio al trámite contractual; es así, que Ángel Guillermo Fuentes Reyes, Jefe de Oficina de la Unidad mediante oficio del 21 de enero de 2004, remitió al Secretario de Educación las cotizaciones de "*Luis Ernesto Rueda - Ler Impresos y Suministros Educativos del Llanos.*" Circunstancia que fue corroborada por Fuentes Reyes, en la diligencia de versión libre y en la ampliación de la misma, como quedó evidenciado atrás.

No obstante lo anterior, del análisis de los documentos allegados en medio magnético, la Sala advierte que efectivamente en la etapa previa a la apertura de la Licitación Pública número 001 de 2004, cuyo objeto era el suministro de los morrales escolares, no se realizó un estudio serio de mercado que determinara el precio real de los bienes a adquirir, pues lo que se puede establecer es que el mismo se limitó a la realización de unas cotizaciones, que adelantó la oficina de compras y adquisiciones de la Unidad de Contratación de la Gobernación, las cuales al final no fueron tenidas en cuenta, como lo señaló Fuentes Reyes en la diligencia de versión libre rendida dentro del proceso de responsabilidad fiscal, visible a folios 1052 a 1058 de la carpeta No. 53.

Revisados los documentos aportados en medio magnético, se concluye que lo que determinó el presupuesto oficial de la Licitación Pública UC.LP-CS-001-2004 para el *-Suministro de morrales, programa gratuidad de la educación con destino a niños y niñas de las diferentes instituciones educativas del Departamento del Meta-* fue el valor que se fijó en el proyecto de inversión No. 719 de 2003¹⁷, y que corresponde al componente "*Dotación de morrales de la alegría para estudiantes*", por valor de \$3.459.000.000¹⁸, tal y como fue informado por la hoy demandante en la diligencia ya citada.

En este punto, resulta relevante señalar que fue claro para el ente de control que el sobre costo empezó a concebirse en la etapa precontractual, pues en las consideraciones de la decisión de segunda instancia proferida dentro del referido proceso, la entidad demandada, indicó: "*... es importante señalar que dentro del plenario obran diversas fotocopias de las cotizaciones realizada por él como Jefe de Adquisiciones en el mes de enero de 2004 algunas de las cuales reposan a folios 2141 al 2153 del cuaderno 11, estas fueron enviadas al presbítero Jairo Fernández, Secretario de Educación Departamental en ese momento, pero no fueron tenidas en cuenta dentro del proyecto de inversión No.719/2003, cuando fue*

¹⁷ Denominado: "GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA OFICIAL DEL DEPARTAMENTO DEL META".

¹⁸ Folio 2500 de la carpeta 60 del proceso de responsabilidad fiscal Cd visible a folio 409.

modificado en enero del 2004, ni al momento de la realización de los estudios previos" (fl. 159).

Todo lo anterior desvirtúa la afirmación de la demandante, en cuanto a que la etapa precontractual era adelantada por el Secretario de Educación del Departamento, y no le correspondía a la Directora de la Unidad de Contratación verificar que la misma se haya adelantado cumpliendo la normativa que regula la etapa previa a la celebración del contrato.

Así, no hay duda que la hoy demandante en su entonces calidad de Directora de la Unidad de Contratación, ente especializado para esa actividad en la entidad, tenía como deber funcional el cumplimiento de las normas jurídicas que regulan el proceso contractual establecidas en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 2170 de 2002 y además, porque dentro de las funciones asignadas a la unidad de contratación, se encontraba la de orientar e instruir a los diferentes organismos del nivel central del Departamento del Meta, sobre las directrices y procedimientos que debían observar en el trámite de los procesos de contratación; de ahí que no se acogen los argumentos planteados por la demandante, sobre que en su calidad de Directora simplemente adelantaba el proceso contractual teniendo como base el trámite enviado por la Secretaría, cuando es evidente que tenía funciones decisorias y de comprometer los recursos de la entidad y además la de orientar a las dependencias sobre el proceso contractual, lo que de suyo implicaba que debía verificar el cumplimiento de las normas que regulaba el proceso contractual, y era su deber detenerse a verificar qué tipo de elementos o bienes se iban a adquirir, el precio de tales objetos o bienes en el mercado y los requerimientos que debían cumplir los oferentes para ser seleccionados, y corroborar que el trámite previo se ajustara a los parámetros establecidos en la Ley.

Ahora, revisado el expediente de responsabilidad fiscal No. 099, se observa en la carpeta No. 5, folios 811 y 813, el estudio de conveniencia y oportunidad suscrito por el Secretario de Educación del Departamento del Meta, el cual evidentemente no cumple con lo señalado en el numeral 4 del artículo 8 del Decreto 2170 de 2002, pues frente al precio de los elementos a adquirir *-morrales escolares tipo I y II-* el mencionado documento se limita a informar el valor estimado del presupuesto oficial, sin que se indique nada sobre la consulta de precios o condiciones del mercado, ni las características y calidad de los bienes que serían objeto del proceso contractual, lo cual es otro respaldo a la decisión sancionatoria que en contra de la hoy demandante se adoptó.

En cuanto al cargo de la demanda de violación del derecho al debido proceso por falta de congruencia entre el auto de imputación de responsabilidad fiscal y las providencias decisorias de primera y segunda instancia, se procede a confrontarlas, y todas obran en el expediente, el auto a folios 1976-2026, c.58 CD fl. 409; y las decisiones a folios 55-168.

No obstante, de manera previa se advierte que las providencias con las que se resuelve el proceso fiscal no pueden ser transcripciones ni su contenido puede ser exactamente igual al de aquel auto, pues en aquellas se deben analizar, tener en cuenta y si es del caso acoger o desechar planteamientos de los investigados, y además como para el momento de su expedición se han recopilado nuevas pruebas y criterios normativos y jurisprudenciales que se suman a los que se tenían cuando se imputó responsabilidad, procede incorporarlos en aplicación del derecho al debido proceso administrativo fiscal. Por lo tanto, es viable y tiene pleno respaldo jurídico el que las decisiones definitivas del proceso contengan consideraciones diferentes y adicionales, eso sí, con la precisión que no puede sancionarse con fundamentos no implícitos en los cargos de la imputación que estén por fuera del objeto investigado.

La confrontación entre el auto de imputación de responsabilidad fiscal y las providencias sancionatorias, muestra como resultado que no existe la incongruencia que endilga la demandante, con lo que se desvirtúa el cargo de violación de norma superior. En efecto, en ambos se establece que ejercía gestión fiscal por la administración de recursos que concretó a través de su participación directa en el proceso contractual que se investigó (fl. 2015, c-58 CD fl.- 409; 95-98); también se desvirtúa la apreciación de la demanda (fl. 10) en cuanto a que en el auto de imputación de responsabilidad fiscal no se hizo ningún reproche sobre el contenido de los pliegos, cuando precisamente es sobre la crítica a este documento que se erige el elemento del daño y su cuantificación como de manera detallada lo refiere dicha providencia para reprocharle que con su omisión se superaban los precios reales del mercado, lo que permitió "*que terceras personas se apropiaran de recursos del Estado, sin ninguna justificación*" (fl. 2010-2016, c.58 CD fl. 409), que coincide con la providencia de primera instancia que señala que la omisión permitió "*perfeccionar el sobre costo*" (fl. 95); de igual forma en el auto de imputación se hace clara referencia a sus funciones como Directora de la Unidad y a su calidad de gestora fiscal (fl. 2015-2016), lo cual se abordó también en las decisiones sancionatorias con criterios similares (fl. 93-99), aspectos ya analizados en párrafos precedentes de estas consideraciones.

Respecto del cuestionamiento sobre la valoración de pruebas que efectuó la Contraloría General de la República, en el expediente fiscal se encuentra que se adelantó una amplia e intensa actividad probatoria, adicionada con los elementos que se habían obtenido en los procesos penal y disciplinario que se aportaron como prueba trasladada; de todos los informes se le dio traslado a los investigados, quienes se pronunciaron y plantearon objeciones que se resolvieron; así mismo y a pesar de dictámenes que obraban de aquellos procesos, el investigador fiscal obtuvo el suyo propio (fl. 1714-1726, c. 56 CD fl. 409), en el que analizó los dictámenes de la Fiscalía General de la Nación y de la Procuraduría General de la Nación, y además acudió a pesquisas adicionales, examinó los documentos y contabilidad de la contratista Avetex y expresó su criterio sobre el tema del sobre costo que también encontró; se resalta que su resultado fue más

favorable para los investigados, pues la cuantificación del daño fue menor a la de los otros dos dictámenes, situación que acogió el sancionador, no solo por el principio de favorabilidad, sino porque es sólido.

Sobre el particular, en esta instancia judicial se comparte la aceptación y el valor que se le dio por la Contraloría General de la República al Informe Técnico suscrito por Astrid Elvira Barriga Claro (fl. 1714-1726, c. 56 CD fl. 409) pues cumple con las exigencias para aceptarlo, tener eficacia probatoria y darle credibilidad¹⁹; en efecto, (i) la suscribiente informa de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados supo de los hechos; (ii) su dictamen es personal y contiene conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean; (iii) era competente, es decir, una verdadera experta para el desempeño del cargo; (iiii) no existe algún motivo para dudar de su imparcialidad; (v) no se probó una objeción por error grave; (vi) está debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) sus conclusiones son conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) se surtió la contradicción; (ix) no existe retracto del mismo por parte de la perito; (x) otras pruebas no lo desvirtúan y (xi) es claro, preciso y detallado, es decir, da cuenta de los exámenes, e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos y económicos de las conclusiones.

Así mismo, se encuentra probada la calidad de la suscribiente del Informe y su condición de idónea para rendirlo, pues era un tema concerniente a su profesión de Contadora, la cual ejercía para entonces desde hacía 21 años, reforzados sus conocimientos con las especializaciones en Gerencia financiera sistematizada y en Gestión y responsabilidad fiscal (fl. 517-520).

No obstante, se hará más adelante una corrección al valor cuantificado en contra de la demandante, que no compromete a Barriga Claro.

De otra parte, la sanción fiscal impuesta no se encuentra parcializada ni arbitraria, ni violó la presunción de inocencia que aduce la demandante, pues ella fue desvirtuada en el proceso de responsabilidad fiscal con las pruebas que condujeron a la decisión adoptada en su contra; tampoco hay vulneración a su buen nombre, lo que junto con las afectaciones que menciona en el hecho 24 de la demanda (fl. 5), son las naturales consecuencias que produce este tipo de decisión, que como resultado de un proceso contemplado en la normativa colombiana, se deben aceptar jurídicamente pues se está en el deber de soportar.

De conformidad con todo lo expuesto y probado, se encuentra que en las decisiones demandadas no hay falsa motivación, pues contienen las razones por las cuales se declaró responsable fiscal a María Custodia Prieto Moreno, de las pruebas allegadas al expediente, se establece que no existe divergencia alguna entre la realidad fáctica y jurídica que indujo a la

¹⁹ Consejo de Estado, M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, rad. 250002326000 19990200801, 22976.

producción de la sanción y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Contraloría General de la Nación o la calificación de los hechos, la conducta y la cuantificación –Excepto en lo que se expondrá adelante- toda vez que están acreditadas todas las circunstancias fácticas y jurídicas para que se hubieran adoptado tales decisiones.

De manera que se establece que no hubo la efectiva demostración por parte de la demandante del hecho que los actos administrativos demandados se encuentran falsamente motivados, con lo que no prospera este cargo de la demanda, salvo en lo que adelante se expone.

Frente al ya mencionado cargo de desviación de poder, se reitera que cuando existe, se trata de disfrazar con aparente legalidad, la finalidad de una decisión que obedece a otras razones que se ocultan; esta circunstancia hace que sea de las causales de ilegalidad más difíciles de probar, por lo cual se acepta que se demuestre con prueba indiciaria.

En la demanda no se plantean hechos que en realidad puedan ser tomados como desviación de poder, y es así por cuanto en los dos escritos a unas mismas circunstancias se le consideran al mismo tiempo falsa motivación y desviación de poder, cuando las dos figuras jurídicas son muy diferentes. Significa que ni en la *causa petendi*, ni en los fundamentos jurídicos, la demandante concretó con qué situación se pudo presentar una desviación de poder para su sanción fiscal.

Y era su obligación plantear y probar las circunstancias con las que la Contraloría General de la República actuó con fines torcidos o distintos a los del buen servicio, o con una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas jurídicas a las que debe someterse, como lo exige la jurisprudencia. Ello hubiera permitido analizar si al menos por indicios, se podía encontrar prueba de esta causal de ilegalidad.

De otra parte, en el expediente no aparece algún hecho que pueda mostrar que la declaratoria de responsable fiscal que se hizo en contra de María Custodia Prieto Moreno, obedeció a una desviación de poder. Tampoco aparece en el expediente que la sanción impuesta haya obedecido a algún tipo de discriminación negativa, o a intereses particulares en su contra.

Se establece entonces, que no existe la mínima prueba de relación directa, íntima, idónea, de causa a efecto, entre alguna finalidad oscura o torcida en contra de la servidora pública hoy demandante, con los actos administrativos fiscales de sanción, y no se acredita algún hecho con el nexo causal para que se produjeran tales decisiones disfrazando la legalidad que se cuestiona. Por lo tanto, la demandante no probó la existencia de la causal de ilegalidad de desviación de poder que aduce.

Por lo expuesto, y como quiera que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos

demandados, las pretensiones de la demanda serán negadas, aun cuando de manera parcial como a continuación se expone.

En la cuantificación del daño que contienen las decisiones fiscales, la Contraloría General de la Nación cometió un error en contra de las personas naturales sancionadas. Se destaca que no fue advertido por la hoy demandante, ni en sus recursos ante dicha entidad ni en la demanda que radicó para el presente proceso. No obstante, aquí se analiza y decide, toda vez que en los cuestionamientos de María Custodia Prieto Moreno está implícita su impugnación frente a todos los aspectos de la sanción.

En efecto, en el informe Técnico que rindió el 23 de mayo de 2006 Astrid Elvira Barriga Claro (fl. 1714-1726, c. 56 CD fl. 409), se resume la cuantificación del daño patrimonial en \$779.328.968, con dos conceptos: (i) Valor del sobrecosto en \$740.761.768, más (ii) el valor de 2.425 morrales no entregados en \$38.567.200²⁰.

Luego, en la decisión de primera instancia, el ente fiscal acepta reducir la cuantía del (i) sobrecosto en \$166.655.048 (fl. 102-103).

Pero aplica la resta sobre el total de \$779.328.968 (Que incluye (i) sobrecostos y (ii) morrales no entregados), cuando debió ser sobre \$740.761.768 que era lo exclusivo de (i) sobrecostos; y por ello establece ahora la cuantía total en \$651.241.120, como resultado de sumar \$612.673.920 (Equivale a \$779.328.968 menos \$166.655.048) más los morrales no entregados por \$38.567.200 (fl. 102-108).

De manera que la operación correcta era: Al concepto (i) Sobrecostos de \$740.761.768 se le resta el valor que le reconoce de \$166.655.048, con lo que la suma real total por (i) Sobrecostos era \$574.106.720; y si a ello se le suma (ii) Morrales no entregados por \$38.567.200, la cifra total resultante del daño patrimonial era de \$612.673.920.

Así mismo y como quiera que el ente de control le asignó a la aquí demandante, a Fuentes Reyes, a Fernández Torres y a Avetex responsabilidad por el concepto de (i) Sobrecostos y a los tres primeros nada por el (ii) Morrales no entregados (fl. 107-108), se establece que el valor real a cargo de estas personas es \$574.106.720 y utilizando los mismos datos de la providencia de primera instancia para indexar ($\$574.106.720 * 176.26 / 152.34$, fl. 107) la suma definitiva a su cargo es de \$664.251.348. Y en este aspecto prospera parcialmente la demanda, para fijar en esa cifra el valor solidario a pagar, en lugar de \$708.874.262 que estableció el artículo primero del Fallo con responsabilidad fiscal No. 00012 del 16 de noviembre de 2007, confirmado por el Auto No. 000221 del 28 de marzo de 2008, y el Fallo No. 0001 del 13 de enero de 2009,

²⁰ Si bien sobre este segundo concepto la Supervisora del contrato después explicó que no era un faltante (fl. 251-253, a.1), aquí no se decide sobre este aspecto pues la Contraloría General de la Nación al final se lo asignó única y exclusivamente a Avetex y no a la aquí demandante, ni a Fuentes Reyes ni a Fernández Torres (fl. 107-108), y la contratista no demandó en este proceso, por lo que no procede pronunciamiento en su favor.

proferidos por la Contraloría General de la República. Lo cual no afecta la legalidad de los demás aspectos que decidieron los actos administrativos fiscales demandados.

4.3. Por lo tanto, ante el problema jurídico planteado, se responde que son parcialmente ilegales las providencias expedidas por la Contraloría General de la República dentro del proceso de responsabilidad fiscal 0099, a través de las que se declaró responsable a la hoy demandante, solo en la cuantía asignada a cargo de la demandante, lo que favorece a las demás personas sancionadas, así no hayan demandado en el proceso, por cuanto se trata de una suma fijada en forma solidaria.

5. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad, ni de abuso del derecho.

6. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público en carácter de mera información. Y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del inciso segundo del artículo primero de la parte resolutive de la providencia de primera instancia, en cuanto a que la suma que se le asigna en forma solidaria a María Custodia Prieto Moreno, a Ángel Guillermo Fuentes Reyes, a Jairo Antonio Fernández Torres y a la sociedad C.I. Avetex S.A. es de \$664.251.348, en lugar de \$708.874.262 que estableció el Fallo con responsabilidad fiscal No. 00012 del 16 de noviembre de 2007, confirmado por el Auto No. 000221 del 28 de marzo de 2008, y el Fallo No. 0001 del 13 de enero de 2009, proferidos por la Contraloría General de la República, conforme con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. Y **DECLARAR** la legalidad de dichas providencias en todos los demás aspectos que decidieron.

SEGUNDO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. DECLARAR que no hay condena en costas.

CUARTO. ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

QUINTO. ORDENAR que en firme la decisión, por el Tribunal Administrativo del Meta se archive el expediente previo el registro y las anotaciones pertinentes.

SEXTO. ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada