



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 1 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

TIPO DE PROCESO:

Ordinario de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013

ENTIDAD AFECTADA:

DEPARTAMENTO DEL CASANARE

CUANTÍA:

MIL TRESCIENTOS CUATRO MILLONES
NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL
SEISCIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE
(\$1.304.992.610,00 M/CTE)

PRESUNTOS RESPONSABLES:

NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA,
identificado con C.C. 9.658.457, en calidad de
Gobernador del Departamento del Casanare para la
época de los hechos.

LILIA MARÍA VEGA SANABRIA, identificada con
C.C. 23.466.833, en calidad de Secretaria de
Educación del Departamento del Casanare para la
época de los hechos.

**CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE
CASANARE -COMFACASANARE-**, persona jurídica
de derecho privado identificada con NIT.
844.003.392-8, representado legalmente por
GUSTAVO ERNESTO AYALA LEAL, identificado con
C.C. 79.401.192, o por quien haga sus veces, en
calidad de parte dentro del convenio de cooperación
No. 001 de 2012 suscrito con la Gobernación del
Casanare para la época de los hechos.

GARANTE:

LA PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS,
identificada con NIT. 860.002.400-2, con ocasión de
la expedición de la póliza única de cumplimiento a
favor de entidades estatales No. 300147.

PRIMERA INSTANCIA:

CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL
No. 16 DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIONES
ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 2 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

PROVIDENCIA APELADA:

AUTO No. 00385 DEL 9 DE ABRIL DE 2015, POR MEDIO DEL CUAL SE FALLA CON RESPONSABILIDAD FISCAL EL PROCESO No. 079 DE 2013

EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

En uso de las facultades constitucionales, legales y reglamentarias, especialmente las conferidas por los artículos 267 y 268 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, el Decreto Ley 267 de 2000, las Resoluciones Orgánicas No. 5500 del 4 de julio de 2003, No. 6397 de 2011¹ y No. 6497 del 29 de febrero de 2012², conoce y decide los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos en contra del fallo con responsabilidad fiscal proferido dentro del proceso de la referencia.

I. ASUNTO

Procede el Despacho a resolver los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, a través del cual la Contraloría Delegada Intersectorial No. 17 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción profirió fallo con responsabilidad fiscal al interior del proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013.

La totalidad del expediente correspondiente al proceso en referencia, fue remitido a este Despacho mediante Oficio No. 2015IE0083560 del 7 de septiembre de 2015, dando así cumplimiento al artículo quinto del auto No. 01223 del 31 de agosto de 2015, por medio del cual dicha Delegada resolvió los respectivos recursos de reposición.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal:

El presente proceso de responsabilidad fiscal tiene su origen en la actuación especial de fiscalización realizada por la Contraloría Delegada para el Sector de Minas y Energía, en la cual se revisó el manejo dado por parte del DEPARTAMENTO DEL CASANARE a los recursos provenientes de las regalías directas durante la vigencia 2012.

¹ Por la cual se determina el funcionamiento interno de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción.

² Por la cual se adiciona el artículo 5A de la Resolución Orgánica No. 5500 de 2003.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 3 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Como resultado de dicha actuación, se encontró que la entidad territorial celebró con la CAJA DE COMPENSACIÓN DEL CASANARE -COMFACASANARE-, el convenio de cooperación No. 001 del 14 de mayo de 2012 (folios 17 al 26), con el objeto de "Aunar esfuerzos para garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del Departamento del Casanare para la ampliación y sostenibilidad de la prestación del servicio educativo", y que de la revisión a su ejecución, se encontró una intermediación injustificada, la cual fue estimada en la suma de \$1.200.036.600, derivada de la subcontratación por parte de Comfacasanare de las obligaciones convenidas, ya que a través del contrato de suministro No. 685 del 31 de mayo de 2012 (folios 51 al 58), contrató con la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTA CASANARE 2012, la "preparación y distribución de almuerzos escolares para 62.895 estudiantes de las instituciones educativas del Departamento del Casanare durante 120 días, para la ampliación y sostenibilidad de la prestación del servicio educativo, en ejecución del convenio No. 001 del 14 de mayo de 2012".

Observó el equipo fiscalizador, que el Departamento del Casanare giró recursos públicos a Comfacasanare por la suma de \$17.894.885.400 como parte de su aporte bajo la figura jurídica del convenio de cooperación, dinero que a su vez utilizó Comfacasanare parcialmente en la subcontratación que hiciera con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 por valor de \$16.694.848.800, permitiéndole concluir que la diferencia entre estos dos valores constituía la afectación económica al patrimonio del Estado.

En razón a lo anterior, la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante auto No. 01271 de agosto 2 de 2013, ordenó dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal, decisión en la cual evidenció la existencia del daño patrimonial, efectuó la tasación preliminar del detrimento al erario público e individualizó a los presuntos responsables fiscales.

2. Principales actuaciones procesales:

- 2.1. El 2 de agosto de 2013 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción profirió el auto No. 01271 mediante el cual dispuso la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (folios 112 al 123).
- 2.2. El 18 de septiembre de 2013 el Contralor Delegado Intersectorial del Grupo Interno de Dirección y Coordinación de Regalías, mediante Oficio No. 111 reasignó el proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013 a la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción (folio 124).
- 2.3. El 11 de octubre de 2013 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante auto No. 01672 avocó el conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013 (folios 433 al 434).

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

- 2.4. El 19 de diciembre de 2013 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción profirió el auto No. 02147 a través del cual fijó fecha y hora para la recepción de versiones libres (folios 191 al 192).
- 2.5. El 13 de mayo de 2014 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción profirió el auto No. 01291 a través del cual imputó responsabilidad fiscal al interior del proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013 (folios 381 al 408).
- 2.6. El 3 de julio de 2014 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante auto No. 01621 decidió sobre las pruebas solicitadas por los presuntos responsables en los argumentos de defensa presentados con posterioridad a la imputación (folios 930 al 936).
- 2.7. El 20 de noviembre de 2014 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante auto No. 02435 decidió negativamente sobre una solicitud de pruebas (folios 1474 al 1476).
- 2.8. El 23 de febrero de 2015 el Despacho del Contralor General de la República profirió el auto No. 80112-0018-2015 a través del cual resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del auto No. 02435 del 20 de noviembre de 2014 que negó una solicitud de pruebas (folios 1502 al 1507).
- 2.9. El 9 de abril de 2015 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción profirió el auto No. 00385 a través del cual falló con responsabilidad fiscal al interior del proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013 (folios 1514 al 1557).
- 2.10. El 31 de agosto de 2015 la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante auto No. 01223 resolvió negativamente los recursos de reposición interpuestos por los responsables fiscales en contra del fallo contenido en el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015 (folios 1704 al 1742).

3. Decisión de primera instancia apelada:

Corresponde al auto No. 00385 del 9 de abril de 2015 (folios 1514 al 1557), por medio del cual la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción resolvió fallar con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013, declarando *i)* a Nelson Ricardo Mariño Velandia, a Lilia María Vega Sanabria y a la Caja de Compensación Familiar de Casanare como responsables fiscales solidarios, y *ii)* a La Compañía de Seguros La Previsora S.A. como tercero civilmente responsable; por el detrimento patrimonial causado al Departamento del Casanare en cuantía de \$1.200.036.600



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-801120209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 5 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

para la época de los hechos, suma que indexada al momento de proferir el fallo ascendió a \$1.304.992.610,05.

Como fundamento de su decisión, el *a quo* indicó que en desarrollo de la actuación fiscal pudo establecer conforme a las pruebas recaudadas, la concurrencia en el caso investigado de los tres elementos fijados por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 para declarar la responsabilidad fiscal, a saber, *i*) un daño patrimonial al Estado, *ii*) una conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal y *iii*) un nexo de causalidad entre la conducta y el daño; los cuales se ponen de presente a continuación, de forma sintetizada.

Sobre el primer elemento señaló:

"El daño que aquí se cuestiona se da por la intermediación innecesaria surgida de la suscripción del Convenio de Cooperación No. 001 de 2012 entre la GOBERNACIÓN DEL CASANARE y COMFACASANARE, cuyos estudios previos señalaron claramente que no se optaba por un contrato conmutativo pues el propósito era el de aunar esfuerzos para un propósito de interés general. Y una vez suscrito el convenio entre la GOBERNACIÓN DEL CASANARE y COMFACASANARE, se suscribe el Contrato de Suministro No. 685 de 2012, entre COMFACASANARE y la UT ALIMENTA CASANARE 2012, para el cumplimiento del propósito principal cual era el suministro de los alimentos. Entre la celebración del convenio 001 de 2012 y la celebración del contrato 685 de 2012, se observa la diferencia de \$1.200.036.600, que según COMFACASANARE, utilizó en gastos administrativos y de legalización.

De acuerdo con lo que se ha expuesto podemos indicar que en el presente caso hay una lesión al patrimonio del Estado en la modalidad de perjuicio y detrimento de los recursos del Departamento del Casanare, por cuanto la celebración del Convenio No. 001 de 2012, conllevó a que según lo afirman las partes investigadas, se incluyeran con cargo a los recursos del convenio, el pago de los gastos de legalización y gastos administrativos del mismo, estimados por un valor de \$1.200.036.600, y al presentarse una intermediación innecesaria, de no haberse dado la misma los gastos de legalización y administrativos hubieran sido asumidos por el contratista, como corresponde, máxime si tenemos en cuenta que COMFACASANARE contrató con un tercero todos los servicios que le correspondía en el marco del convenio, y como ya lo hemos expresado en varios apartes de este proveído, los estudios previos expresaron claramente que no se optaba por un contrato conmutativo, pues se pretendía aunar esfuerzos para un propósito de interés general."

Respecto de las conductas desplegadas por los declarados responsables fiscales, segundo elemento de la responsabilidad fiscal, indicó:

"La gestión fiscal de la Administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios a su conservación, mejoramiento y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que hacen parte

Juan B. [Signature]



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 6 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

de él. En el caso que nos ocupa, la consecuencia está directamente relacionada con la gestión fiscal de todos los intervinientes en el convenio No. 001 de 2012, suscrito por el Dr. NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA identificado con la cédula. 9.658.457, Gobernador del Departamento de Casanare para la época de los hechos, y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE CASANARE -COMFACASANARE-, identificada con el Nit. 844.003.392-8 en su condición de Contratista, cuya supervisión estuvo a cargo de LILIA MARIA VEGA SANABRIA, identificada con la cédula 23.466.833, Secretaria de Educación del Departamento de Casanare.

Con las pruebas obrantes en el expediente tenemos que las personas naturales y jurídicas referidas en el párrafo anterior, comprometieron, autorizaron, giraron, ejecutaron y supervisaron los recursos públicos, cada uno en la parte correspondiente. El Gobernador como ordenador del gasto, la Secretaria de Educación como supervisora del Departamento, y el contratista como ejecutor, por lo tanto ejercieron gestión fiscal."

Y en relación al tercer elemento, manifestó:

"El nexo causal es el conector requerido y determinante entre el daño y la conducta. Es indudable y claro para este despacho, que el patrimonio del Estado, se encuentra lesionado, y se materializa por la gestión antieconómica de los aquí investigados, lo que conllevó a un detrimento al erario por \$1.200.036.600, derivado de la suscripción del convenio 001 de 2012.

Al analizar el material probatorio en el presente expediente, este despacho considera que realmente existió un daño al patrimonio del Estado teniendo en cuenta que COMFACASANARE configuró la intermediación una vez se celebra el contrato 685 del 31 de mayo de 2012, para cumplir con el objeto del convenio 001 de 2012. Con ello resultó más costoso para el Estado cumplir con el propósito del convenio.

En el mismo sentido, resulta reprochable la conducta desplegada por el Departamento de Casanare a través de su Gobernador y de su Secretaria de Educación, al celebrar un Convenio de Cooperación con COMFACASANARE con el fin de aunar esfuerzos para garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del Departamento del Casanare, cuando este servicio debió seguir los parámetros legales que se encuentran consagrados en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes respecto de la Licitación Pública, siendo éste un concurso que deben realizar las entidades públicas cuando se trata de adquirir los servicios que ellas requieran."

4. Recursos de apelación:

Dentro del término para impugnar, los apoderados de confianza de cada uno de los declarados responsables fiscales en el proceso radicado bajo el No. 079 de 2013, presentaron recursos de reposición y subsidiariamente de apelación en contra de la decisión de declaratoria de responsabilidad fiscal adoptada por la Contraloría Delegada



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 7 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, cuyos argumentos se resumen a continuación:

4.1. Nelson Ricardo Mariño Velandia

El abogado Gustavo Quintero Navas, apoderado del señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, solicita en su escrito de impugnación (folios 1635 al 1671) se revoque en su totalidad el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual se declaró fiscalmente responsable a su prohijado, teniendo en cuenta que *i) la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 interpretó erróneamente las normas aplicables a los convenios de cooperación; ii) no es cierto que con la suscripción del convenio No. 001 de 2012 y la posterior celebración del contrato No. 685 de 2012, se haya ocasionado un mayor gasto para el Departamento del Casanare en la elaboración y distribución de almuerzos escolares para 62.895 estudiantes; iii) el proceso de responsabilidad fiscal está viciado de nulidad toda vez que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa al omitirse el traslado a las partes para alegar de conclusión respecto del material probatorio recogido en la etapa de pruebas; iv) no existe nexo causal entre la conducta que se le endilga al señor Mariño Velandia y el supuesto daño patrimonial que se le atribuye; y v) no es posible que se le endilgue culpa grave al señor Mariño Velandia.*

4.2. Lilia María Vega Sanabria

El abogado Jaime Alberto Rodríguez García, apoderado de la señora Lilia María Vega Sanabria, solicita en su escrito de impugnación (folios 1672 al 1698) se revoque en su totalidad el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual se declaró fiscalmente responsable a su prohijada, teniendo en cuenta que *i) no existe daño al patrimonio del Estado por cuanto el valor total del convenio fue ejecutado; ii) hay una errada valoración del acervo probatorio en el fallo que declara la responsabilidad fiscal; y iii) no existe nexo causal entre los gastos de legalización del convenio y la aludida existencia de intermediación como generador del daño.*

4.3. Caja de Compensación Familiar de Casanare

El abogado Otto Luis Olaya Segura, apoderado de la Caja de Compensación Familiar de Casanare solicita en su escrito de impugnación (folios 1605 al 1622) se revoque en su totalidad el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual se declaró fiscalmente responsable a su prohijada, teniendo en cuenta que *i) la cuantificación del detrimento patrimonial carece de sustento por no ser el resultado de un ejercicio financiero y contable matemáticamente exacto; ii) no se causó ningún detrimento patrimonial al Estado ya que el valor estimado como cuantía del daño fue invertido tal y como lo estableció el presupuesto del convenio; iii) no existió intermediación innecesaria por parte de la caja de compensación familiar, toda vez que la figura utilizada para desarrollar el convenio fue la de la subcontratación; y iv) la subcontratación realizada no causó*

[Handwritten signature]



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 8 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

detrimento patrimonial alguno, siendo ésta necesaria y obligatoria en razón a la magnitud del objeto del convenio.

4.4. La Previsora S.A., Compañía de Seguros

El abogado Carlos Alberto Cifuentes Neira, apoderado de La Previsora S.A., Compañía de Seguros solicita en su escrito de impugnación (folios 1590 al 1604) se revoque en su totalidad el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual se declaró fiscalmente responsable a su prohijada, teniendo en cuenta que *i)* dado el cumplimiento a cabalidad del convenio No. 001 de 2012 sobreviene la imposibilidad de hacer efectiva la póliza No. 3000147 en razón a la ausencia de realización del riesgo asegurado; *ii)* el seguro de cumplimiento en sus diferentes amparos es contrato de mera indemnización y jamás puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado; y *iii)* el proceso de responsabilidad fiscal está viciado de nulidad toda vez que se vulneró el debido proceso al omitirse la vinculación, en calidad de tercero civilmente responsable, de la compañía aseguradora que emitió la póliza de manejo de los funcionarios de la Gobernación del Casanare vinculados a la investigación fiscal.

III. CONSIDERACIONES DEL DESAPCHO

1. De la competencia:

La competencia del Contralor General de la República para resolver el recurso de apelación tiene su fuente normativa en el artículo 268 de la Constitución Política, los artículos 38 y 57 de la Ley 610 de 2000, el artículo 3 de la Resolución No. 6397 de 2011 y el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011.

2. Del caso concreto:

Es pertinente señalar que a la luz del artículo 55 de la Ley 610 de 2000, el recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y los que resulten inseparables del objeto de impugnación.

A su vez, el artículo 53 de la misma ley establece: *"El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable"*. Por tanto, de la citada norma se desprende que, el operador jurídico de instancia, después de realizar la valoración de las pruebas arrojadas al proceso, no tiene duda alguna sobre la configuración de los elementos de la responsabilidad fiscal, lo que le permite con grado de certeza proceder a declararla.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV 2015

PÁGINA NÚMERO: 9 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

En este orden de ideas, hay que advertir que todos los impugnantes del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013, cuestionan categóricamente la existencia de un daño patrimonial al Estado, por consiguiente y dada la diametral importancia que esto representa, no sólo para resolver las apelaciones, sino para la subsistencia misma del proceso, este Despacho procede de forma preliminar a analizar este asunto, habida cuenta que de no encontrarse probada su existencia, se alteraría la situación jurídica fiscal de todos y cada uno de los declarados responsables en el fallo que aquí se revisa.

En correspondencia con lo señalado en el numeral 3 del Capítulo II. de la presente providencia, para el *a quo*, con la suscripción del convenio de cooperación No. 001 de 2012 y la posterior celebración del contrato de suministro No. 685 de 2012, se ocasionó un mayor gasto para el Departamento del Casanare en la elaboración y distribución de los almuerzos escolares. En su criterio, con estas actuaciones se transgredió el principio de economía de la contratación estatal, una de cuyas manifestaciones consiste en que los trámites deben adelantarse con austeridad de tiempo, medios y gastos. Ello originó, como se mencionó, una mayor erogación para la entidad territorial, estimada en \$1.200.036.600, la cual no se hubiere presentado, si el convenio referido se hubiese contratado a través de los mecanismos ordinarios de selección de contratistas, que para el caso correspondía al de licitación pública.

Las características de los negocios jurídicos referidos, son:

- El convenio de cooperación No. 001 del 14 de mayo de 2012, efectuado entre la GOBERNACIÓN DEL CASANARE y COMFACASANARE, fue celebrado por valor de \$18.294.885.400, pactándose que las partes aportarían respectivamente \$17.894.885.400 y \$400.000.000. (Folios 17 al 26)
- Por su parte, el contrato de suministro No. 685 de 2012, suscrito entre COMFACASANARE y la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTA CASANARE 2012, fue pactado en la suma de \$16.694.848.800. (Folios 51 al 58)

Entre ambos negocios jurídicos existe, tal y como lo referenció la primera instancia, una diferencia que, sin tener en cuenta la suma convenida como aporte privado, arroja una valor de \$1.200.036.600, erogación que se entiende compuesta por los rubros correspondientes a *legalización del convenio y administración del programa*, la cual en su concepto, habría sido asumida por el contratista, en caso tal de haberse contratado a través de los mecanismos ordinarios de selección fijados por el régimen de contratación pública.

Ahora bien, puesto de presente lo anterior, y con el ánimo de seguir un orden lógico y coherente en el estudio del presente asunto, este Despacho se ocupará inicialmente de señalar el marco legal y jurisprudencial que aplica en materia de responsabilidad fiscal a la

[Handwritten signature]



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 10 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

noción jurídica de daño patrimonial, y seguidamente, se analizarán la pruebas que obran en el expediente a efectos de establecer objetivamente la existencia o no del mismo.

En lo que concierne a la definición legal, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 establece que el daño patrimonial al Estado es la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente 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.

Por su parte, en lo atinente a su cuantificación, la Corte Constitucional ha sostenido que para efectuar la estimación del daño patrimonial al erario, debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.³

Respecto de las condiciones que debe reunir el daño, el Consejo de Estado ha manifestado que *"el perjuicio debe estar debidamente acreditado, a través de cualquier medio probatorio, incluidos los medios indirectos, como el indicio, al margen de que dicho perjuicio sea actual o futuro, porque la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia, mientras que el eventual es el daño que hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no"*.⁴

Ahora bien, conforme a lo expuesto en precedencia y descendiendo a la cuestión probatoria, es de superlativa importancia revisar los documentos que conforman la etapa precontractual del convenio de cooperación No. 001 de 2012, a efectos de identificar las condiciones plasmadas en los estudios previos, así como la definición del presupuesto oficial a ejecutarse.

A folios 41 al 56 de la carpeta 1 denominada Anexos Versión Libre, obran los *estudios previos* que soportan el convenio No. 001 de 2012, documento del cual se extracta, en consideración a su relevancia lo siguiente:

En la *descripción de la necesidad* se estipuló que la alimentación escolar es una herramienta de política social territorial, en la cual participan organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, quienes comparten la responsabilidad en la aplicación de la garantía de los derechos de la niñez. De hecho, en el Departamento del Casanare, la alimentación escolar

³ Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, Sala Plena Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

⁴ Sentencia del 3 de febrero de 2010, Sección Tercera, Consejo de Estado, Rad. No. 18425, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 11 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

se está convirtiendo en uno de los programas de asistencia social alimentaria con mayor concurrencia de recursos, presentando además mayores oportunidades de cohesión entre los sectores sociales, salud y educación a nivel local, con la participación de la comunidad en el ejercicio del control social.

Conforme a esto, señaló que se hacía necesario aunar esfuerzos con una entidad privada sin ánimo de lucro a fin de lograr a través de la suma de fuerzas, un mismo propósito, un objetivo común, es decir, la satisfacción de la necesidad planteada, por lo anterior no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierte un intercambio o venta de bienes y servicios, puesto que lo que se buscaba era fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos, conforme lo contemplado en el artículo 355 de la Carta Política.

En la *definición técnica* se estableció que el objeto a contratar era el de aunar esfuerzos para garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del Departamento del Casanare para la ampliación y sostenibilidad de la prestación del servicio educativo.

También se consignó que la entidad contratante debía entregar las respectivas raciones alimenticias en cada una de las instituciones, centros y sedes educativas de 19 municipios, de acuerdo a las jornadas académicas.

La entrega de los almuerzos a los estudiantes requería el cumplimiento de la minuta patrón que establece los lineamientos nutricionales (Anexo 01), la cual se encontraba debidamente elaborada y aprobada por la nutricionista dietista. (Folios 57 al 73)

Por su parte, el Anexo No. 2 de los estudios previos, denominado *Presupuesto General Convenio de Cooperación* (folios 74 al 75), estableció:

PRESUPUESTO GENERAL - CONVENIO DE COOPERACIÓN No. 001 DEL 14 DE MAYO DE 2012

MUNICIPIO	ALUMNOS	DÍAS (Calendario Escolar)	Valor Aporte Gobernación Minuta Ración (91,3%)	Valor Aporte Gobernación Administración (0,8%)	Valor Aporte Gobernación Legalización (5,7%)	Valor Aporte Cooperante Administración (2,2%)	VALOR TOTAL (100%)
YOPAL	14.904	120	\$3.956.117.760	\$35.769.600	\$248.598.720	\$94.786.549	\$4.335.272.629
AGUAZUL	6.224	120	\$1.652.098.560	\$14.937.600	\$103.816.320	\$39.583.433	\$1.810.435.913
CHAMEZA	345	120	\$91.576.800	\$828.000	\$5.754.600	\$2.194.133	\$100.353.533
MANI	3.115	120	\$826.845.600	\$7.476.000	\$51.958.200	\$19.810.796	\$906.090.596
RECETOR	298	120	\$79.101.120	\$715.200	\$4.970.640	\$1.895.222	\$86.682.182
HATO COROZAL	3.520	120	\$934.348.800	\$8.448.000	\$58.713.600	\$22.386.517	\$1.023.896.917
LA SALINA	226	120	\$59.989.440	\$542.400	\$3.769.680	\$1.437.316	\$65.738.836
NUNCHIA	1.966	120	\$521.855.040	\$4.718.400	\$32.792.880	\$12.503.379	\$571.869.699
OROCUE	2.065	120	\$548.133.600	\$4.956.000	\$34.444.200	\$13.132.999	\$600.666.799

Procurador

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

PAZ DE ARIPORO	8.057	120	\$2.138.650.080	\$19.336.800	\$134.390.760	\$51.240.957	\$2.343.618.597
PORE	2.112	120	\$560.609.280	\$5.068.800	\$35.228.160	\$13.431.910	\$614.338.150
SACAMA	447	120	\$118.651.680	\$1.072.800	\$7.455.960	\$2.842.834	\$130.023.274
SAN LUIS DE PALENQUE	1.381	120	\$366.572.640	\$3.314.400	\$23.035.080	\$8.782.892	\$401.705.012
TAMARA	1.433	120	\$380.375.520	\$3.439.200	\$23.902.440	\$9.113.602	\$416.830.762
TRINIDAD	3.062	120	\$812.777.280	\$7.348.800	\$51.074.160	\$19.473.726	\$890.673.966
MONTERREY	3.296	120	\$874.890.240	\$7.910.400	\$54.977.280	\$20.961.921	\$958.739.841
SABANALARGA	1.068	120	\$283.489.920	\$2.563.200	\$17.814.240	\$6.792.273	\$310.659.633
VILLANUEVA	5.176	120	\$1.373.917.440	\$12.422.400	\$86.335.680	\$32.918.356	\$1.505.593.876
TAURAMENA	4.200	120	\$1.114.848.000	\$10.080.000	\$70.056.000	\$26.711.185	\$1.221.695.185
TOTAL	62.895	120	\$16.694.848.800	\$150.948.000	\$1.049.088.600	\$400.000.000	\$18.294.885.400

En cuanto a la tasación individual del costo de cada una de las raciones, teniendo en cuenta cada una de las variables o actividades contempladas para lograr la entrega oportuna y en condiciones óptimas de sanidad, el estudio previo señaló:

PRESUPUESTO RACIÓN ESCOLAR INDIVIDUAL - CONVENIO DE COOPERACIÓN No. 001 DEL 14 DE MAYO DE 2012				
ITEM	PORCENTAJE EN RACIÓN	APORTE GOBERNACIÓN DEL CASANARE	APORTE COMFACASANARE	VALOR RACIÓN
COMPRA DE ALIMENTOS E INSUMOS	73%	\$1.770	\$0	\$1.770
OPERACIÓN DE SERVICIO (Servicios de manipuladores de alimentos, servicios de gas, energía eléctrica, aseo, menajes, equipos, transporte de alimentos, capacitación manipuladores, otros).	14,6%	\$354	\$0	\$354
COSTO PERSONAL OPERATIVO Y SOCIALIZACIÓN (Coordinadores municipales, análisis de laboratorio, socialización del proyecto-murales y pendones, medios de comunicación, jornadas pedagógicas, transporte de personal).	3,6%	\$88	\$0	\$88
ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA (Coordinador operativo, Coordinador zonal, Transporte de coordinadores, Eventos rendición de cuentas).	3%	\$20	\$53	\$73
LEGALIZACIÓN Y DESCUENTOS FINANCIEROS (Estampilla pro adulto mayor, estampilla pro cultura, publicación, pólizas, 4 x mil, reteica, otros costos financieros).	5,7%	\$139	\$0	\$139
TOTAL	100%	\$2.371	\$53	\$2.424



CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 13 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Retomando, la premisa fundamental de la primera instancia en la estructuración e imputación del daño, es que el mismo deviene de la innecesaria intermediación, por cuanto implicó trasladar con cargo al aporte público en el convenio de cooperación el pago de unos costos que por ningún motivo debía asumir la entidad territorial en caso de haberse adelantado correctamente el proceso contractual, pues estos habrían estado a cargo de quien asumiera, como correspondía, el rol de contratista en la relación negocial con el Departamento del Casanare.

Y es en este punto donde considera el Despacho debe hacerse precisión, pues si bien se comparte integralmente que los *costos financieros y de legalización* debían ser de responsabilidad única y exclusiva del contratista, no ocurre lo mismo con aquellos gastos definidos como de *administración del programa*, los cuales, de conformidad con las actividades y pruebas que los soportan, las cuales se evidenciarán más adelante, sí se consideran fueron necesarios para la materialización del objeto contractual.

Por tanto, debe ser claro que lo que este ente de control reprocha, es que con cargo a los recursos públicos del ente territorial, se pagaron rubros correspondientes a estampillas, impuestos, publicaciones, papelería, pólizas de seguro y costos financieros, rubros que desde los estudios previos se integraron indebidamente al presupuesto del proyecto de restaurante escolar como consecuencia de eludir el régimen legal de contratación pública, pues de haberse efectuado como correspondía en derecho, esto es, vía licitación pública, los mismos indefectiblemente no habrían sido considerados presupuestalmente con cargo a recursos públicos, pues estos corresponden a obligaciones económicas que asumen las personas naturales y jurídicas que entablan una relación contractual con el Estado, y por ende ésta irregularidad (la indebida elección de la modalidad contractual), repercutió en la fase de ejecución del convenio de cooperación, configurando la intermediación innecesaria entre la Gobernación del Casanare y Comfacasanare, y en consecuencia el daño al patrimonio público.

Estando claro lo anterior y en aras de verificar objetivamente la cuantía del daño, a continuación se evidenciarán, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, los aspectos en lo que se usaron los recursos de la Gobernación del Casanare para cubrir los rubros presupuestados y definidos en los estudios previos como i) *Gastos de legalización del convenio* (\$1.049.088.600) y ii) *Administración del Programa - Aportes Gobernación del Casanare* (\$150.948.000).

- Gastos de legalización del convenio

A folios 4 a 16 de la carpeta 4 del folder 2 de los Anexos, obran los soportes contables que evidencian el pago de los diferentes rubros que el presupuesto general del convenio identificó como gastos de legalización, la cuantificación de los mismos se presenta en la siguiente tabla:

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

ITEM	CONCEPTO	VALOR	TOTAL
IMPUESTOS CONTRIBUCIONES Y DERECHOS	Estampilla pro Cultura	\$178.948.900	\$719.735.900
	Estampilla pro Adulto Mayor	\$536.846.600	
	Gaceta Departamental	\$3.937.000	
	Papelería	\$3.400	
PÓLIZAS DE SEGURO	Cumplimiento No. 3000147	\$60.517.175	\$88.012.233
	Responsabilidad Civil No. 10001707	\$14.361.234	
	Ampliación Plazo Cumplimiento No. 3000147	\$8.249.841	
	Ampliación Plazo Responsabilidad Civil No. 10001707	\$4.883.983	
COSTOS FINANCIEROS	Reteica Orden de Pago No. 1208229	\$37.009.442	\$183.876.029
	Papelería Orden de Pago No. 1208229	\$4.900	
	Reteica Orden de Pago No. 1210946	\$30.920.562	
	Papelería Orden de Pago No. 1210946	\$4.900	
	Reteica Orden de Pago No. 1300869	\$19.598.614	
	Papelería Orden de Pago No. 1300869	\$5.000	
	Reteica Orden de Pago No. 1304046	\$23.148.070	
	Papelería Orden de Pago No. 1304046	\$5.000	
4 x Mil Cuenta Ahorros No. 220-252-17317-4	\$73.179.541		
TOTAL			\$991.624.162

- Administración del Programa (Aportes Gobernación del Casanare)

A folios 19 a 308 de la carpeta 1 del folder 4 de los Anexos, obran los soportes contractuales y contables que evidencian el manejo de los recursos destinados por la Gobernación del Casanare para la administración del programa, los cuales fueron estimados dentro del presupuesto general del convenio en la suma de \$150.948.000, la cuantificación de los mismos se presenta en la siguiente tabla:

ITEM	CONCEPTO	VALOR	TOTAL
CONTRATACIÓN DE PERSONAL	Director Operativo - Ingeniera de Alimentos - Constanza Medina Puentes (7 meses)	\$31.354.554	\$92.272.854
	Supervisor Zona Sur - Administradora de Servicios de Calidad - Sandra Victoria Dcampo Valencia (7 meses)	\$20.809.260	
	Supervisor Zona Norte - Ingeniero Industrial - Edgar Mauricio Cuta García (7 meses)	\$19.191.960	
	Supervisor Zona Centro - Profesional en Comercio Internacional - Martha Cecilia Alfonso Pedraza (7 meses)	\$20.917.080	
DESPLAZAMIENTO	Alquiler Vehículo Nissan Navarra de Placas QGB-593 propiedad de Elba Inés Cardozo Camargo (6 meses)	\$33.600.000	\$39.200.000
	Alquiler Vehículo Chevrolet Vitara de Placas CLZ-610 propiedad de José Roberto Ochoa Vargas (1 mes)	\$5.600.000	
RENDICIÓN DE CUENTAS	Eventos públicos de rendición de cuentas (2)	sin soporte	\$0
TOTAL			\$131.472.854



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 15 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

De conformidad con lo anterior, se observa que existen diferencias entre el valor estipulado en el presupuesto general con lo efectivamente ejecutado por concepto de *legalización del convenio* y por *administración del programa*, diferencia que se evidencia en la siguiente tabla:

ITEM	VALOR PRESUPUESTADO	VALOR EJECUTADO	DIFERENCIA
GASTOS DE LEGALIZACIÓN	\$1.049.088.600	\$991.624.162	\$57.464.438
ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA (Aporte Gobernación del Casanare)	\$150.948.000	\$131.472.854	\$19.475.146
TOTAL		\$76.939.584	

Teniendo en cuenta que no obra prueba en el expediente que evidencie que los dineros no ejecutados por concepto de *legalización del convenio* y por *administración del programa* hayan sido reintegrados al Departamento del Casanare, este Despacho concluye que el daño fiscal en el presente proceso se encuentra integrado por los siguientes aspectos:

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO FISCAL	
ITEM	VALOR
GASTOS DE LEGALIZACIÓN PAGADOS CON CARGO A RECURSOS PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DEL CASANARE	\$991.624.162
VALOR NO EJECUTADO DEL PRESUPUESTO EN GASTOS DE LEGALIZACIÓN, NO REINTEGRADOS AL DEPARTAMENTO DEL CASANARE	\$57.464.438
VALOR NO EJECUTADO DEL PRESUPUESTO EN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DEL PROGRAMA, NO REINTEGRADOS AL DEPARTAMENTO DEL CASANARE	\$19.475.146
TOTAL DAÑO FISCAL	\$1.068.563.746

Conforme a lo anterior, y en aras de la objetividad y certeza que exige la determinación del daño, en la parte resolutive se modificará su cuantía, presentándola debidamente indexada, dejando la salvedad que al disminuir su monto, se está en plena garantía y respeto del principio constitucional de la *no reformatio in pejus*⁵.

Estando hasta este punto validada la existencia del daño, así como probada objetivamente su cuantificación, se tienen por resueltos negativamente los argumentos que los diferentes

⁵ Sentencia Corte Constitucional T-291/06: "En la institución de la prohibición de la reforma en peor, la condición de único apelante no hace referencia a la singularidad de la apelación de la parte condenada y que puede estar integrada por varios sujetos, sino a la singularidad del interés de ésta última. Ello significa que, debe atender el Juzgador un criterio material y no formal con base en el artículo 31 superior, esto es, que la interpretación a realizar deviene de la materia y no del número de recurrentes. Recordemos que la Corte señaló al respecto en sentencia T-503 de 2.003 que "es claro entonces que la calidad de apelante único a que se refiere el art. 31 de la Carta Política de 1991 hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso".

1752



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 16 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

apelantes hicieron en relación a este punto, por consiguiente y en aras de resolver los demás planteamientos de inconformidad, procede a continuación el Despacho a su análisis.

En relación a la supuesta interpretación errónea por parte del *a quo* de las normas aplicables a los convenios de cooperación, así como a la inexistencia de nexo causal entre la conducta endilgada al señor Mariño Velandia con el daño patrimonial, así como la imposibilidad de catalogarla a título de culpa grave se señala que:

La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de febrero de 1993, refiriéndose a la constitucionalidad del inciso primero del artículo 2 del Decreto 777 de 1992, reglamentario del artículo 355 de la Constitución Política, expresó:

"Los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición."

En el igual sentido, la misma corporación de lo contencioso administrativo emitió el concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández, en uno de cuyos apartes sostuvo:

"El objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para "impulsar" programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública. Por esto, el inciso 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1992, excluye del campo de aplicación del artículo 355, los contratos que celebren los organismos oficiales con el objeto de adelantar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"

Ahora bien, la parte considerativa del convenio de cooperación No. 001 de 2014, señaló que la Secretaría de Educación del departamento de Casanare había formulado el proyecto con el nombre "Ampliación de la cobertura, permanencia para la oferta y demanda del servicio educativo en el Departamento de Casanare" enmarcado dentro del programa de gobierno denominado "La que Gana es la Gente 2012-2015", el cual pretendía garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del departamento.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 17 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Por tanto, al ser un proyecto formulado por la Secretaría de Educación del Departamento del Casanare, no puede considerarse la preparación y distribución de raciones alimentarias a los estudiantes de esta entidad territorial como la impulsión de una actividad o un programa de interés público que se haya originado en Comfacasanare dentro de una política pública de primera infancia, como quiera que el componente del proyecto elaborado por el Departamento consiste en otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos con el fin de garantizar su permanencia.

Luego en este orden, por corresponder a la ejecución de un proyecto en el cual está directamente interesado el Departamento del Casanare y que tiene origen en el programa de gobierno "La que Gana es la Gente 2012-2015", es claro que el objeto convenido pretendía en forma directa el beneficio de la entidad territorial, no obstante que indirectamente fuera la comunidad estudiantil la beneficiaria del mismo, sin que sea Comfacasanare en ningún sentido, la destinataria de la acción "benéfica" del departamento.

Por consiguiente, una cosa es celebrar contratos que beneficien a la entidad estatal, es decir, donde existe una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y otra muy diferente es celebrar contratos que beneficien a las entidades privadas sin ánimo de lucro, tan es así que el último evento de excepción a la aplicación del Decreto 777 de 1992, referida en el numeral quinto de su artículo 2, tiene una relación inmediata con la primera de las excepciones, en el sentido que no puede haber duda de la existencia de una contraprestación directa a favor de la entidad pública, en este caso el Departamento del Casanare, cuando la persona jurídica que ha de ejecutar el convenio (Comfacasanare), queda sometida a las específicas instrucciones que imparta el ente territorial, hecho evidenciado en los estudios previos, lo que a todas luces representa un beneficio directo que hace improcedente la aplicación del Decreto 777 de 1992.

De lo anterior se puede concluir que en el caso que se revisa, el Departamento del Casanare debía obligatoriamente adelantar una licitación pública como procedimiento de selección dadas las condiciones del contrato y la cuantía del mismo, conforme a lo previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que las reglamentan y adicionan, pues al existir una contraprestación directa a favor del ente territorial, el proyecto tenía que ejecutarse por una empresa privada con ánimo de lucro dentro del marco de los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que tienen todas las personas interesadas en intervenir en la actividad contractual del Estado.

Así pues, el señor Mariño Velandia en su condición de Gobernador del Departamento del Casanare, para la época de los hechos, quebrantó sustancialmente los deberes funcionales que le estaban asignados, cuestión evidenciada en el incumplimiento de los principios que regulan la contratación estatal, entre ellos los de economía, transparencia y responsabilidad, consagrados en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112-0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 18 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Por consiguiente, no cabe duda para el Despacho que el señor Mariño Velandia se apartó de la función pública, en cuanto no desempeñó sus funciones actuando diligente y positivamente dentro del marco de las competencias legales atribuidas como representante legal y director de la actividad contractual en el Departamento del Casanare, protegiendo o tutelando los recursos públicos asignados al ente territorial por concepto de regalías, dado que desconoció sustancialmente el deber funcional consistente en adelantar el proceso licitatorio, como mecanismo general y reglado de selección de contratistas establecido en las leyes de contratación, con el fin de garantizar la transparencia, igualdad, imparcialidad y libre concurrencia de quienes pretendieran contratar la preparación y distribución de alimentos a los estudiantes del Departamento, y de paso, seleccionar la propuesta más favorable para éste, hechos con los cuales propició una intermediación innecesaria que derivó en un daño patrimonial para el Estado que sin duda se hubiera evitado, por cuanto el contratista seleccionado habría pagado con recursos propios y no con dineros públicos, los costos correspondientes a la legalización del convenio.

Lo anterior lleva a ratificar, que el grado de culpabilidad atribuido a la conducta del señor Mariño Velandia por parte del *a quo* es correcto, ya que la vulneración a sus deberes legales y constitucionales, evidenciados en el párrafo anterior, son especialmente graves y subjetivamente inexcusables pues son la expresión de un actuar con un grado máximo de imprudencia y negligencia.

Frente a la inexistencia de nexo causal entre los gastos de legalización del convenio y la aludida existencia de intermediación como generador del daño, formulada por la apoderada de la señora Vega Sanabria, se indica que:

Al eludir el proceso licitatorio mediante la adopción de la figura del convenio de cooperación, el Departamento del Casanare pretendió ejecutar el proyecto de restaurante escolar con la Caja de Compensación del Casanare, entidad sin ánimo de lucro que como se ha evidenciado no contaba con la idoneidad legal y reglamentaria para suscribirlo, así como tampoco, con la capacidad técnica y administrativa para ejecutar directamente las actividades de suministro de almuerzos escolares, hecho que generó la imperiosa necesidad de que ésta última tuviera que subcontratar la ejecución de las obligaciones adquiridas con el ente territorial, a través de la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, convirtiéndose así Comfacasanare en un mero intermediario.

En razón a lo anterior, con la suscripción del convenio No. 001 del 14 de mayo de 2012 entre el Departamento del Casanare y Comfacasanare, sí se causó un detrimento patrimonial al Estado, por cuanto la prestación del servicio de elaboración y distribución de almuerzos para garantizar el servicio de restaurante escolar a los estudiantes, al no haber sido realizado por la caja de compensación sino por la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, aspecto que evidencia la intermediación, implicó el pago, con cargo a los recursos del ente territorial, de unos costos financieros y de legalización del convenio, que en caso de haberse contratado bajo la modalidad de la licitación pública, habrían sido pagados por el contratista.



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-80112- 0209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 19 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Respecto al argumento planteado por el apoderado de Comfacasanare, en el que afirma que la subcontratación realizada no causó detrimento patrimonial alguno, por ser ésta necesaria y obligatoria en razón a la magnitud del objeto del convenio en razón a la magnitud del objeto del convenio se reitera que:

Remitiéndonos al cuadro comparativo realizado por el *a quo* en el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, en el que se esquematizaron y compararon las obligaciones contraídas por las partes en cada uno de los acuerdos de voluntades a efectos de encontrar las similitudes, es concluyente que tanto el objeto, como las obligaciones acordadas por las partes, son las mismas, razón que permite afirmar que Comfacasanare se limitó a trasladar a un tercero las obligaciones originalmente adquiridas con el Departamento del Casanare, con quien se había obligado a aunar esfuerzos.

Y es que más allá de la supuesta necesidad de subcontratar alegada por el apelante en razón a la magnitud del convenio, el traspaso del objeto y las obligaciones convenidas lo que prueba es que Comfacasanare no contaba con la capacidad técnica y operativa para ejecutar el proyecto de restaurante escolar, contraviniendo así los presupuestos legales contenidos en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado por el inciso tercero del artículo 1 del Decreto 777 de 1992, que exigen a las entidades sin ánimo de lucro contar con una reconocida idoneidad y experiencia para impulsar programas y actividades de interés público.

Por consiguiente, el hecho de que la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 haya sido la empresa privada que ejecutó el objeto pactado en el convenio No. 001 de 2012, evidencia: *i)* la falta de idoneidad de Comfacasanare para ejecutar el objeto convenido, *ii)* la intermediación que a través del contrato de suministro con la unión temporal realizó Comfacasanare y *iii)* la inconveniencia de optar por el convenio de cooperación para el desarrollo del proyecto de restaurante escolar, pues como se ha reiterado en esta providencia, la no utilización del mecanismo de selección de contratistas legalmente procedente -proceso licitatorio-, derivó en la asunción por parte del Departamento del Casanare, de unos costos financieros y de legalización, que no estaba llamado a asumir.

En relación a la imposibilidad de hacer efectiva la póliza No. 3000147 como consecuencia del cumplimiento a cabalidad del convenio No. 001 de 2012 y dada la imposibilidad de la materialización del riesgo asegurado, argumento planteado por parte de la Compañía de Seguros La Previsora S.A., en calidad de tercero civilmente responsable, se señala que:

Teniendo en cuenta que las pólizas de seguros constituidas como respaldo del convenio de cooperación No. 001 de 2012 estaban destinadas al amparo de los riesgos derivados del incumplimiento y de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales en el caso bajo examen no se avienen por cuanto la configuración de los mismos no obedece al reproche que la Contraloría General de la República hace en el presente proceso de responsabilidad fiscal, este Despacho considera que son válidas las razones expuestas por el apoderado de la Compañía de Seguros La Previsora S.A. en el recurso de apelación, hecho que conducirá



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-801120209

FECHA: 20 NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 20 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

a revocar la decisión tomada en el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, de declararla como tercero civilmente responsable.

Téngase en cuenta que la póliza de seguros llamada a responder por los hechos de la presente investigación fiscal, sería aquella que amparara los perjuicios o detrimentos patrimoniales ocasionados como consecuencia del obrar incorrecto de sus funcionarios públicos, en especial y de manera concreta, de las conductas irregulares desplegadas por los funcionarios de la Gobernación del Departamento del Casanare asegurados en el ejercicio de sus cargos.

No obstante lo anterior, una vez revisado el paginario procesal no se observa en la decisión de apertura del proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013, ni en autos posteriores, la vinculación de la compañía aseguradora que para la época de los hechos hubiese expedido en favor del Departamento del Casanare, póliza de responsabilidad civil de servidores públicos.

Por consiguiente, hacer responsable a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. del daño fiscal ocasionado en desarrollo de los hechos aquí investigados, se constituiría en una fuente de enriquecimiento sin justa causa para el Estado toda vez que dicha aseguradora estaría asumiendo e indemnizando riesgos diferentes a los amparados en las pólizas de seguro de cumplimiento No. 3000147 y de responsabilidad civil extracontractual No. 10001707, expedidas como garantías del convenio.

Respecto a las peticiones de pruebas observadas en los escritos de apelación, el Despacho reitera el rechazo que de las mismas hiciere la primera instancia en el auto No. 01223 del 31 de agosto de 2015 con fundamento en su extemporaneidad, y de otra parte señala, que considera improcedente e innecesario decretarlas de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 610 de 2000, toda vez que obra en el expediente suficiente material probatorio que permite decidir la apelación.

Por su parte, en lo que concierne a la formulación de nulidades, debe indicarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, la solicitud que se haga en este sentido dentro de los procesos ordinarios, sólo puede hacerse hasta antes de proferirse el fallo de primera instancia.

"ARTÍCULO 109. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD. La solicitud de nulidad podrá formularse hasta antes de proferirse la decisión final, la cual se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su presentación.

Contra el auto que decida sobre la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación, que se surtirá ante el superior del funcionario que profirió la decisión." (Subrayado fuera de texto)

Claro lo anterior y teniendo en cuenta que ninguna de las nulidades propuestas se sustenta en causas sobrevinientes con posterioridad a la declaratoria de responsabilidad fiscal contenida en el auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, para el Despacho se torna inviable por vía de excepción emprender su examen y en consecuencia se desestiman de plano.



AUTO
 DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL
 NÚMERO: ORD-80112- **0209**
 FECHA: **20 NOV. 2015**
 PÁGINA NÚMERO: 21 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Para finalizar, y en razón a la disminución que de la cuantía del daño se hiciera en la presente decisión, el Despacho procede a efectuar la correspondiente indexación, en cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 de la Ley 610 de 2000 el cual prescribe: *"Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes"*.

En consecuencia, y de conformidad con la fórmula matemática definida por el Consejo de Estado para el efecto, se tiene:

Actualización del Daño Fiscal			
Fórmula		$VP = [VH \times (IPC\ Fi / IPC\ In)]$	Valor Actualizado
Donde		Datos	
VP=	Valor Actualizado por IPC	$VH * (IPC\ final / IPC\ Inicial)$	\$1.196.983.496,87
VH=	Valor Histórico	\$1.068.563.746,00	
IPC In=	Valor IPC Inicial Dane (Mayo 2012)	111,25	
IPC Fi=	Valor IPC Final Dane (Octubre 2015)	124,62	

Así las cosas, el daño patrimonial al Estado en el presente proceso de responsabilidad fiscal se disminuirá a la suma de \$1.196.983.496,87; valor que se encuentra indexado a la fecha de la presente decisión.

3. Conclusiones del Despacho sobre la providencia objeto de consulta:

Por las razones anteriormente expuestas, este Despacho modificará en la parte resolutive del presente proveído la cuantía del daño fiscal a la suma de \$1.196.983.496,87; revocará la decisión de declarar como tercero civilmente responsable a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. y confirmará en todo lo demás los autos No. 00385 del 9 de abril de 2015 y No. 01223 del 31 de agosto de 2015, por medio de los cuales respectivamente, la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, falló con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013 y resolvió los recursos de reposición presentados por los declarados responsables fiscales.

En mérito de lo expuesto, el Contralor General de la República

D E C I D E:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el artículo primero del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de

R. ...



AUTO

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL

NÚMERO: ORD-8012- 0209

FECHA: 2. NOV. 2015

PÁGINA NÚMERO: 22 de 22

"Por el cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos en contra del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013"

Investigaciones Especiales Contra la Corrupción falló con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013, en el sentido de disminuir la cuantía del deterioro patrimonial a la suma de MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (\$1.196.983.496,87).

ARTÍCULO SEGUNDO: REVOCAR el artículo segundo del auto No. 00385 del 9 de abril de 2015, por medio del cual la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción, declaró a La Previsora S.A. Compañía de Seguros como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal No. 079 de 2013, y en consecuencia, si pesaren medidas cautelaras en su contra procédase a su levantamiento.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás los autos No. 00385 del 9 de abril de 2015 y No. 01223 del 31 de agosto de 2015, por medio de los cuales la Contraloría Delegada Intersectorial No. 16 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, falló con responsabilidad fiscal el proceso No. 079 de 2013 y resolvió los recursos de reposición presentados por los declarados responsables fiscales, respectivamente.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR por estado la presente providencia por intermedio de la Secretaría Común de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción, de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: DEVOLVER el expediente a la dependencia de origen para lo de su competencia.

ARTÍCULO SEXTO: Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

20 NOV. 2015


EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN
Contralor General de la República

Proyectó: VICTOR HUGO PENA ZAMBRANO
Abogado Contratista Oficina Jurídica

al Aprobó: JULIANA MARTÍNEZ BERMEO
Directora Oficina Jurídica

