

**EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
COORDINACIÓN DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS**

AUTO MEDIANTE EL CUAL SE PROFIERE FALLO EN PRIMERA INSTANCIA

Artículos 169-A y 170 de la Ley 734 de 2002

(26 DE ABRIL DE 2021)

RADICADO: 494 DE 2018	
DISCIPLINADO: ALEJANDRO CASTRO DÁVILA	
CARGO Y ENTIDAD: PROFESIONAL 4, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.	
INFORMANTE	CARGO Y ENTIDAD (para el momento de los hechos)
ELKIN DE JESÚS ARTEAGA GONZÁLEZ	CONTRALOR AUXILIAR DE AUDITORIA FISCAL EPM 3 – AGUAS Y SANEAMIENTO BÁSICO
FECHA DEL INFORME	FECHA DE LOS HECHOS
07 DE OCTUBRE DE 2016 Y 06 DE NOVIEMBRE DE 2018	VIGENCIA 2015 Y 2016

El Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P, actuando como competente en primera instancia para decidir en materia disciplinaria, conforme dispone la Ley 734 de 2002, y con fundamento en la Resolución Nro. 038 del 26 de septiembre de 2018, mediante la cual se modifica la estructura administrativa de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., creando la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, una vez revisado el procedimiento y verificado que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir fallo en derecho, en el marco del proceso disciplinario radicado bajo en Nro. 494 de 2018 y que se impulsa en disfavor del servidor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA** identificado con C.C. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa.

1. IDENTIDAD DEL INVESTIGADO

El sujeto disciplinado en la presente actuación es el señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.; y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-140 y 040-2016, del primero se evidencia memorando interno del 10/12/2015 obrante a folio 85 del archivo en PDF denominado 3 del Cd que se ubica folio 113 del expediente disciplinario, y del segundo memorando interno del 06/07/2016 obrante a folio 138 del archivo en PDF denominado CT-040-2016 (3) del CD que reposa a folio 242 del presente proceso.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y TRÁMITE PROCESAL

Mediante Informe con radicado N° 04274 del 10 de octubre de 2016, enviado por el señor ELKIN DE JESÚS ARTEAGA GONZÁLEZ, Contralor Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, se puso en conocimiento de este Despacho los hallazgos disciplinarios encontrados en la Auditoria Regular Vigencia 2015 practicada a Empresas Varias de Medellín. Para los efectos de la presente actuación disciplinaria, se transcriben los hallazgos 6, 11 y 23:

***[...]Hallazgo No. 6** En la evaluación del contrato CT-2015-140, se verificó que la empresa inició la ejecución del contrato sin cumplir con los requisitos de formalización, así lo evidencia el acta de inicio suscrita el 23 de diciembre de 2015 que obra en expediente contractual bajo el folio N° 100, para la cual no se tuvo en cuenta que el registro presupuestal N° 3678 y la aprobación de las garantías exigidas datan del 29 de diciembre, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 25 de la resolución 024 de 2015 por la cual se expiden los lineamientos asociados a la contratación de Emvarias y la cláusula decima octava del contrato.*

*La inconsistencia antes descrita se debe a la inobservancia del supervisor en verificar la aprobación realizada por el Área de suministro y Soporte administrativo de la garantía exigida a favor de la Empresa, deber que consta en el memorando de asignación de supervisión, generando para la empresa el riesgo de iniciar la ejecución del contrato sin contar con los amparos que protejan a la empresa de los perjuicios ocasionados por el eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, lo que se configura en **una observación administrativa con presunta incidencia disciplinaria.** [...]"*

***Hallazgo No. 11.** En la evaluación del contrato CT-2015-140, se evidenció que la empresa canceló la factura N° 2480, presentada por el contratista el 29 de diciembre de 2015, sin contar con la constitución de las cuentas por pagar y sin el recibo a satisfacción de los bienes objeto del contrato a 31 de diciembre, lo que vulnera lo establecido en el numeral 2.3 de los términos de la invitación y el artículo 13 del decreto 4836 de 2011, el cual establece que "Los compromisos y obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre, deberán incluirse en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar y su pago deberá realizarse en dicha vigencia fiscal."*

*El acta de recibo suscrita por el supervisor evidencia que los bienes fueron recibidos el 18 de enero de 2016 y la resolución N° 006 del 10 de febrero 2016 confirma que las cuentas por pagar correspondiente a la vigencia 2015, fueron establecidas con fecha posterior al pago de la factura, 28 de enero de 2016; inconsistencias que obedecen a la deficiente supervisión del contrato, lo que permitió la cancelación de una cuenta por pagar sin estar debidamente reconocida por la empresa y sin recibir los bienes en la vigencia 2015, inobservando la normatividad presupuestal y el artículo 84 de la ley 1474 de 2011, **Lo que constituye una observación administrativa con presunta incidencia disciplinaria.** [...]"*

***Hallazgo No. 23.** En la evaluación del contrato CT-2015-140, cuyo objeto es el suministro e instalación de 3 (tres) puntos naranjas móviles, se identificó que la empresa adelantó el proceso de selección del contratista bajo la modalidad de Solicitud Privada de única oferta, argumentando las causales contenidas en los literales b) y C) del artículo 11, de la resolución 024 de 2015, por la cual se expiden los lineamientos de la contratación de Emvarias; causales que se consideran no se ajustan al objeto contractual, toda vez que en ningún documento del expediente contractual y menos los estudios de conveniencia y oportunidad, acreditan que los bienes requeridos desarrollan un proyecto de la empresa que se encuentra para ensayo o practica como lo exige el literal **b)** de la norma antes relacionada; tampoco el objeto cumple*

con lo exigido en el literal c), pues estamos frente a un contrato de suministro de bienes y no prestación de servicios profesionales y capacitación, además en el mercado nacional existen muchas empresas que pueden acreditar igual o mejor calidad.

*La anterior situación vulnera lo estipulado en la Resolución 024 de 2015 y el deber de la selección objetiva; debido al deficiente control ejercido en la aplicación de la modalidad de selección del futuro contratista, lo que impide la concurrencia de oferentes, afectando con ello, la transparencia en el actuar de la empresa y la oportunidad de obtener condiciones de precios y calidad que pueden ser comparados en la elección de la oferta más favorable para Emvarias. **Lo anterior se configura en una observación administrativa, con posible incidencia disciplinaria [...]**".*

Con ocasión de esto, se da apertura de indagación preliminar mediante auto del 04 de agosto de 2017, dirigido contra funcionarios indeterminados. Toda vez que el informe N° 04274 del 10 de octubre de 2016 consta de 24 hallazgos, se identificó al presunto responsable de los hallazgos número 6, 11 y 23 encontrados sobre el contrato N° CT-2015-140, los dos primeros correspondientes a la etapa de ejecución de contrato y el último acerca de la etapa precontractual, así pues, se profiere auto de 06 de noviembre de 2018 por el cual se ordena la apertura de una investigación disciplinaria en contra del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA identificado con C.C. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa. Providencia notificada de manera personal al investigado el 09 de noviembre de 2018 (fl 32).

Posteriormente, se profiere auto del 27 de noviembre de 2019 por el cual prorroga el término de una investigación disciplinaria, se ordena la acumulación de informes y la práctica de pruebas de oficio. La acumulación de informes atendió a memorando N° 20180520008228 del 06 de noviembre de 2018, por el cual la Contraloría General de Antioquia puso en conocimiento de este Despacho el resultado de la Auditoría Regular Vigencia 2017 realizada a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. a través del cual, se aluden presuntos hallazgos, puntualmente el número 23, con incidencia disciplinaria en el contrato N° 040 de 2016, el cual tenía por supervisor al señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA. Por un factor de conexidad procesal por unidad de sujetos, además de que no se había formulado en su momento pliego de cargos o se había decretado el cierre de la investigación, se resolvió acumular dicho informe a la investigación disciplinaria con radicado 494 de 2018, providencia notificada personalmente el 29 de noviembre de 2019 al investigado CASTRO DÁVILA. El contenido de dicho hallazgo se refiere a:

"[...] Hallazgo número 23: inicio de ejecución del contrato sin registro presupuestal e incumplimiento de requisitos para pago parcial (corresponde a la observación 27 del informe preliminar): en la revisión del contrato 040 de 2016, con CB Ingenieros, para el suministro e instalación de 12 sistemas de contenedores soterrados, se observa que la Empresa inicia la ejecución del contrato sin la expedición del registro presupuestal, contraviniendo el artículo 25 de la Resolución 024 de 2015 "Lineamientos de contratación de Emvarias", que dispone que "... en casos especiales debidamente justificados y previa valoración del riesgo y autorización del servidor competente, se podrá iniciar anticipadamente la ejecución del contrato, contando con el respectivo registro presupuestal..."

Lo anterior se evidencia en el acta de inicio anticipada del 29 de julio de 2016 suscrita por las partes y en el registro presupuestal N° 4778, cuya fecha de elaboración y aprobación es del 8 de agosto de 2016, posterior a la fecha de inicio.

De otra parte, el contratista en la factura correspondiente al primer pago parcial, cobra por la entrega de dos sistemas armados e instalados \$108.742.721, cuando el valor de los elementos

entregados de acuerdo al costo unitario ofertado es de \$96.413.404, generando un mayor valor facturado de \$12.329.317.

En la misma factura se cobra la entrega de 10 sistemas armados y recibidos en la planta por \$217.845.442 equivalentes al 40% de avance del contrato, sin embargo, no se relaciona en la factura el valor unitario y la cantidad de elementos entregados que acrediten la suma facturada. Además de lo anterior, la facturación no cumplió con la presentación del informe escrito de las dos islas instaladas exigido en el ítem 19 del numeral 2.3. de los términos de invitación, tampoco se realizó el acta de recibo a satisfacción suscrita por el superior designado, hechos que contravienen lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato que establece:

“Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., pagará mediante ACTAS PARCIALES al CONTRATISTA el valor correspondiente, una vez se haya recibido a satisfacción por parte del Interventor/Supervisor asignado al contrato los suministros realizados. El valor a cancelar en las facturas de venta será el que resulte de multiplicar los valores unitarios cotizados por el contratista y aceptados por la Empresa, por los suministros efectivamente recibidos durante ese periodo. El CONTRATISTA deberá presentar su factura de venta o pedido, la cual será aceptada por el interventor asignado al contrato, a lo que se deberá adjuntar: A) El acta de recibo parcial a entera satisfacción de la obra ejecutada, B) A cada acta parcial de pago deberá adjuntarse registro fotográfico de la construcción realizada.”

De otra parte, el contratista no cumplió con las pruebas de campo de los equipos instalados de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del anexo 8 de los términos de invitación, tampoco realizó la entrega del cronograma de trabajo según el ítem 5 del numeral 2.2. obligaciones del contratista.

Las deficiencias antes descritas se deben a la falta de cuidado de la supervisión en el ejercicio del control a la ejecución contractual, generando el riesgo de iniciar la ejecución del contrato sin registro presupuestal y el pago de suministros de bienes entregados sin acreditar requisitos exigidos por los actos internos de la Empresa, incumpliendo las funciones establecidas en el manual de interventoría, memorando de supervisión y el artículo 84 de la ley 1474 de 2011, lo que constituye hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria. [...]

Al haberse recaudado la totalidad de pruebas necesarias para la adopción de una decisión de fondo en los términos del artículo 160 A la Ley 734 de 2002 adicionado por el artículo 53 de la Ley 1474 de 2011, se dispuso por este Despacho cerrar la presente investigación, mediante auto de fecha 21 de agosto de 2020, notificado a la defensora del investigado, dra. LUZ MARINA ALARCÓN CUEVAS con C.C. 43.033.690 y T.P. 47.595 del C.S. de la Judicatura, el pasado 24 de agosto de 2020 vía correo electrónico, y por estado fijado en la página web de Emvarias S.A. E.S.P. el 25 de agosto de 2020.

En este orden de ideas, se profirió auto del 17 de septiembre de 2020 por el cual se evaluó la investigación disciplinaria y se formulan cargos en desfavor del señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA** identificado con C.C. 71.313.602, providencia notificada vía correo electrónico enviado a la defensora del investigado y al investigado el 18 de septiembre de 2020 (fl. 309).

Vía correo electrónico, el 7 de octubre de 2020 la defensora del investigado, Dra. LUZ MARINA ALARCÓN CUEVAS, envía escrito de descargos en donde se elevan solicitudes probatorias documentales y testimoniales; así pues, este Despacho profiere auto del 15 de octubre de 2020 por el cual se resuelve la solicitud de pruebas presentadas en el escrito de descargos (fl. 321 A 323), auto notificado vía correo electrónico a la abogada el 16 de octubre de 2020 (fl. 324). A partir de esta providencia, este Despacho se puso en la tarea de oficiar y requerir la información solicitada por la defensa, asimismo, escuchó en declaración juramentada a los testigos aportados por la misma. Dentro de esta fase probatoria, se expidió el auto del 2 de marzo de 2021 por el cual se incorporan pruebas dentro de una investigación disciplinaria, relacionada con documentos allegados por dos testigos. Finalmente, y como quiera que se habían agotado las pruebas decretadas mediante

providencia del 05 de marzo de 2021, este Despacho ordenó dar traslado para presentar alegatos de conclusión mediante providencia del 2 de febrero de 2021, notificada a la defensa vía correo electrónico el mismo día. Siendo el 23 de marzo de 2021, se recibe en los correos electrónicos de los servidores de este Despacho, escrito de alegatos de conclusión presentados por la defensa del investigado (fl.426 a 432).

3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

En el marco de la actuación procesal, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y s.s. y 168 de la Ley 734 de 2002, fueron decretadas, practicadas e incorporadas al expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

- A. Memorando 047725 radicado el 2016/10/07 por el cual la Contraloría General de Medellín traslada hallazgos disciplinarios (fl. 12 a 23)
- B. Informe con destino a proceso disciplinario elaborado por la Profesional 3 del Área de Servicios Corporativos del 2 de enero de 2019, en el cual se indica la dirección y el salario del investigado, se anexa contrato de trabajo y novedad de ingreso a la entidad (fl. 36 a 40)
- C. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003, por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P (fl. 41 a 54)
- D. Resolución N° 024 del 4 de septiembre de 2015, por medio de la cual se expiden los lineamientos asociados a la contratación de Empresas Varias de Medellín S.A E.S.P (fl. 55 a 71)
- E. Resolución del 006 del 10 de febrero de 2016, por medio de la cual se establecen las cuentas por pagar de la vigencia fiscal 2015 que se pagarán con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2016 (fl. 72 a 76)
- F. Reglamento interno de trabajo vigente para la época de los hechos (fl. 77 110)
- G. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles (fl. 112)
- H. CD que atiende a las etapas precontractual, contractual y poscontractual del contrato 2015-140 (fl.113), el cual contiene dos archivos, el primero es una carpeta denominada CT-2015-140-PUNTOS NARANJA MÓVILES, y el segundo es un archivo en pdf denominado DOCUMENTOS CT-140-2015. El primer archivo contiene tres documentos en pdf, los cuales son:
 - ✓ 1: Contiene el Estudio de Conveniencia y Oportunidad y la invitación al proponente (fl. 1 a 40 del contrato)
 - ✓ 2: Contiene la continuación de la invitación al proponente, verificación jurídica de la invitación privada de única oferta con los documentos presentados por el proponente Areas Portátiles S.A.S (fl. 41 a 77)
 - ✓ 3: contiene la verificación técnica económica, comunicado de aceptación de la oferta del 20/11/2015, registro presupuestal N° 3678, contrato N° 140 de 2015, memorando interno del 10 de diciembre de 2015 por el cual asignan una supervisión, póliza de cumplimiento particular, de responsabilidad civil extracontractual derivada del cumplimiento, registros de pago de las pólizas, acta de revisión de garantías del contrato, acta de inicio del contrato (fl. 78 a 100).
- I. Certificado de antecedentes disciplinarios (fl. 114)
- J. Contrato N° 040 de 2016 en medio magnético (fl. 242), en este CD reposan varios contratos, el archivo CT-040-2016, contiene para nuestros fines 12 archivos en PDF contentivos de los documentos relevantes para el contrato, del archivo 4 al 12 se tienen las propuestas presentadas por los diferentes proponentes.
- K. Informe de la Auditoría Regular vigencia 2017 practicada a EMVARIAS S.A. E.S.P. en medio magnético (fl. 250), el cual contiene dos archivos:

- ✓ 20180520003167 informe Auditoría Regular Emvarias 2017 Componente Control Fro.
- ✓ 20180530007374 informe definitivo Auditoria Regular Emvarias 2017 20180520007374.
- L. Respuesta vía correo electrónico a memorando N° 20190510003601 del 29 de noviembre de 2019 (fl. 251 a 263)
- M. Respuesta a memorando N° 20200510000328 del 31 de enero de 2020 acompañada de medio magnético (fl. 266 a 267). El cd contiene dos archivos, el primero denominado AP-140-2016:
 - ✓ Archivo denominado ACTA DE RECIBO (1 página)
 - ✓ Archivo denominado ACTA LIQUIDACIÓN (4 páginas)
 - ✓ Archivo denominado INF.SUPERV. CONTRA (2 páginas)
- El Segundo denominado CB-040-2016:
 - ✓ Archivo denominado ACTAS DE RECIBO, el cual tiene un archivo denominado INFORME DEL CONTRATISTA (18 páginas)
 - ✓ Archivo denominado CALCULO PRESUPUESTO, el cual contiene un archivo denominado ECO – SOTERRADOS 2 (38 páginas, con estudio de conveniencia y oportunidad con sus anexos)
 - ✓ Archivo denominado CRONOGRAMA DE TRABAJO
 - ✓ Archivo denominado PRUEBAS DE CAMPO, el cual contiene dos archivos: uno en Word denominado REGISTRO FOTOGRÁFICO DE LA INSTALACIÓN DE LOS 4 SISTEMAS SOTERRADOS ADICIONALES (3 páginas) y otro en PDF denominado INFORME DE CONTRATISTA (18 páginas).
- N. Declaración juramentada del señor IVAN DARIO GIRALDO GALLO recibida el 4 de noviembre de 2020 las 08.00 a.m. (fl. 245 a 318)
- O. Declaración juramentada del señor WALTER DARIO FOSPINA ZAPATA recibida el 4 de noviembre de 2020 a las 10.40 a.m. (fl. 349 a 351)
- P. Declaración juramentada del señor MAURICIO FACIOLINCE recibida el 4 de noviembre de 2020 a las 02.00 p.m. (fl. 352 a 354)
- Q. Declaración juramentada del señor ANDRÉS FELIPE MACKENZIE FUENTES recibida el 18 de noviembre de 2020 (fl. 366 a 367)
- R. Correo electrónico del 18 de noviembre de 2020 enviado por la Profesional Financiera del área financiera de EMVARIAS S.A. E.S.P. (fl. 371 a 372)
- S. Declaración juramentada del señor JUAN MANUEL ESCALLÓN ARANGO recibida el 16 de febrero de 2021 (fl. 393 a 395)
- T. Declaración juramentada del señor FARLEY FERNANDO ANGEE SÁNCHEZ recibida el 16 de febrero de 2021 (fl. 398 a 401)
- U. Declaración juramentada de la señora MARCELA RESTREPO CORREA recibida el 16 de febrero de 2021 (fl. 402 a 406)
- V. Declaración juramentada del señor LUIS ARBEY TORRES MIRA recibida el 16 de febrero de 2021 (fl. 408 a 410)
- W. Pantallazo de cuentas por pagar (fl. 413)
- X. Certificado de FABREZ COLOMBIA fechado del 23 de febrero de 2021 (414 a 417)

4. VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA

El investigado ALEJANDRO CASTRO DÁVILA envía el pasado 9 de noviembre de 2020 vía correo electrónico escrito de su versión libre y espontánea de los hechos por los cuales se investiga. Así las cosas, los argumentos dados por el disciplinado se pueden sintetizar como sigue.

El investigado agrupa los cuatro cargos formulados en los dos contratos por los cuales se da origen a los hallazgos formulados por el ente de control fiscal. Así pues, en relación con el contrato 2015-

140, relativos al primer y segundo cargo, manifiesta que este contrato contaba con una cláusula destinada al pago, en la cual se hablaba de un pago final mediando una de dos condiciones: (i) con la entrega a pedido de los 3 puntos naranjas o (ii) con el acta de recibo a entera satisfacción suscrita por el interventor del contrato. Así las cosas, no se presentó incumplimiento de las funciones del señor CASTRO DÁVILA pues los bienes en efecto fueron recibidos, quedando pendiente la suscripción del acta de recibo a entera satisfacción, “[...] habiendo causado la cuenta dentro de la vigencia fiscal correspondiente, pues de acuerdo con las normas legales referidas a presupuesto, de no haberse causado dentro de dicha vigencia, se tendría que haber reintegrado el dinero que no se ejecutó y ahí si se habría tenido que incluir dicha cuenta por pagar en el acto administrativo pertinente.” (fl. 358). Continúa afirmando el versionista:

“En materia de presupuesto, las reservas de caja o cuentas por pagar se configuran para atender compromisos adquiridos y que al momento del cierre presupuestal ya son exigibles, sin que el pago efectivo de ellos se haya realizado. Al tenor del artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto son “cuentas por pagar con las obligaciones correspondientes a los anticipos pactados en los contratos y a la entrega de bienes y servicios. De no haberse ejecutado el contrato durante la vigencia 2015 se tendría que haber incluido en las reservas de apropiación. La diferencia entre las reservas de apropiación y las reservas de caja se encuentra en el hecho de que en las primeras el sujeto obligado al cumplimiento de la obligación no ha satisfecho la misma, es decir, aún no ha cumplido con el objeto contractual, pero existe el negocio jurídico que debe cumplirse; mientras que, en las segundas, ya se ha dado cumplimiento a la obligación y tan solo está pendiente el pago según el compromiso adquirido por la entidad. [...]” (fl. 359)

Acerca de los dos primeros cargos, reitera el investigado que los bienes objeto del contrato ya se habían entregado quedando únicamente pendiente el pago, el cual se hacía dentro de los 30 días hábiles posteriores a la presentación de la factura. Reitera, además, que la inclusión de una factura en las reservas de caja no está dentro de sus funciones, es decir, no le corresponde hacer dicho acto administrativo.

Respecto del contrato 040-2016, sobre el cual se formulan los cargos tercero y cuarto, sostiene el disciplinado que, por un lado, el acta de inicio anticipado fue autorizada por el señor Jorge Lenin Urrego, quien fuere el gerente para la fecha de los hechos, quien, además, la firma, y que, también se contaba con la disponibilidad presupuestal para ello. Por otro lado, el investigado contextualiza en los siguientes términos el tema de los sistemas soterrados, objeto de este contrato:

“[...] la gran mayoría de los proveedores importan estos equipos desde diferentes partes de Europa, al ser un proceso público, el primero para implementar este tipo de tecnología en el País y su monto, existieron varios oferentes los cuales realizaron muchas observaciones al proceso, cuando se logró adjudicar el tiempo restante para finalizar la vigencia era poco debido a la dilatación del tiempo por las observaciones y fue necesario realizar un acta de inicio anticipada autorizada por la gerencia con el fin de poder cumplir los tiempos de importación dentro de la vigencia presupuestal a la cual estaba amarrada el contrato, por este motivo se firma el acta de inicio anticipada, se tenían menos de 3 meses para cumplir con el proceso de importación desde el País de España. Una vez llegaron los equipos a la empresa, el contratista envió especialistas desde España para su armado e instalación, los cuales armaron en una semana y estuvieron disponibles para su instalación, que de la misma forma el contratista con sus especialistas y una empresa local iniciaron el proceso de capacitación para su instalación. Es de entender que el proyecto estaba asociado a la renovación del corredor llamado carrera Bolívar, el cual iba a ser renovado desde la calle san juan hasta el museo de Antioquia [...] se procedió a realizar las excavaciones pero en dicho proceso se empezaron a encontrar a mayor profundidad hallazgos arqueológicos, redes

antiguas, redes eléctricas y alcantarillado que eran indetectables con la tecnología existente, este proceso llevó a reubicar diferentes sistemas en otras posiciones y debido a que esta obra trabajaba por sectores, hasta que los sectores no se intervinieran no se podrían instalar los equipos, con lo anterior se dio una demora no contemplada en la instalación. [...] Al ver lo que sucedía y ver que la ciudad tenía otras renovaciones y a solicitud de la gerencia y del municipio se optó por dimensionar en la renovación del parque de San Antonio de Prado la instalación de tres sistemas, [...]

Con lo anterior y debido a que había transcurrido mucho tiempo y que el contratista había cumplido con la importación, armado y entrega de los equipos y que por causas ajenas y de fuerza mayor (proceso de Bolívar) no se había podido desarrollar la instalación de los equipos, de mutuo acuerdo entre Emvarias y el contratista se resolvió pagar una parte del contrato que subsanara el perjuicio causado a ellos y que cubriera parte de la importación, armado e instalación de los primeros equipos, pues con ello se evitaba que el contratista reclamara perjuicios por la demora en la entrega de la obra civil.” (fl. 360)

Continúa el disciplinado indicando que como los sistemas no se lograron instalar completamente y ya había transcurrido un año, se decidió de mutuo acuerdo con el contratista pagar lo correspondiente a lo realmente instalado descontando los equipos faltantes. En este mismo sentido, y debido a los inconvenientes generados con la construcción de obra civil adelantada por la Alcaldía de Medellín no era posible para el contratista cumplir con un cronograma de trabajo, así, no era posible determinar cuando se podían instalar los equipos.

Con respecto a las pruebas técnicas realizadas sobre estos equipos instalados, afirma el investigado que:

“[...] este tipo de equipos que son de levantamiento hidráulico para su instalación deben izarse con el fin de ajustar y anclar la estructura en lo subterráneo, motivo por el cual el solo hecho de que el equipo sea instalado es prueba de que los equipos funcionan, de igual manera la única forma de levantarlos es con un vehículo compactador para lo cual Emvarias prestaba los vehículos a al momento de su instalación, de igual manera el contratista envió los informes de manera muy completa y con registro fotográfico de la instalación a los cuales se les dio el recibido, para cada instalación el contratista era acompañado por un funcionario de Emvarias el cual era o el supervisor del contrato o el coordinador de infraestructura de Emvarias. [...]” (fl. 361)

Ahora, con respecto a la presunta ausencia de los informes de supervisión sostiene el versionista que al ser este un contrato cuya ejecución era la instalación de los contenedores, los informes se reducían a uno solo, esto es, el de la instalación de los equipos al cual se adjunta el respectivo registro fotográfico. Finalmente, aduce que el contenido de la factura N° 1007 contenía todos los requisitos necesarios y establecidos en el Código de Comercio, prueba de ello es que dicho valor allí consignado fue pagado sin inconvenientes. Concluye este escrito de versión libre y espontánea señalando que la labor de supervisión desempeñada por el investigado fue diligente y que las presuntas conductas reprochadas no afectaron la función pública ni los principios que la gobiernan, pues, en últimas, se cumplió con los fines del Estado.

5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

La apoderada del disciplinado, DRA. LUZ MARIA ALARCÓN CUEVAS identificada con Cédula de Ciudadanía número 43.033.690 y T.P. 47.595 del C.S. de la J. directamente presentó **descargos** vía correo electrónico el 2 de octubre de 2020, argumentos que fueron especificados cargo por cargo, los cuales se expondrán a continuación de manera sucinta.

Acerca del CARGO PRIMERO, aduce la defensora que para la fecha en la que el proveedor presenta la factura N° 2480, esto es, el 29 de diciembre de 2015, ya se habían entregado tres puntos naranja, además, la elaboración de la Resolución N° 006 *“Por medio de la cual se establecen las cuentas por pagar de la vigencia fiscal 2015 que se pagarán con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2016”*, no era responsabilidad del interventor de un contrato, pues se evidencia en el mismo que quien lo proyectó fue la funcionaria Marleny Vargas Ferrer, Subdirectora de Costos y Presupuestos de la Entidad, y es suscrito por el gerente general de la época. Continúa afirmando la defensora que:

“[...] Obsérvese bien el texto de las condiciones de invitación donde se indica: “este pago se realizará con la entrega a pedido de los (3) puntos naranja móviles o con la respectiva acta de recibo a entera satisfacción suscrita por el Interventor del contrato”. El interventor suscribió el acta de recibo a entera satisfacción y fue con ese documento que se realizó el pago.” (fl. 317 reverso).

Con respecto al CARGO SEGUNDO, se tiene que los bienes objeto del contrato 2015-140 fueron recibidos físicamente el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se causa la factura N° 2480, aduce que la suscripción del acta de recibo a satisfacción se hace el 18 de enero de 2016 porque faltaba un accesorio plástico mínimo. Sugiere la defensa que hay dos momentos que se deben diferenciar, los cuales son: la causación y el pago, lo primero se hizo dentro de la vigencia 2015 y lo segundo se hizo dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la factura. Reitera la poderdante que su representado no era el responsable de elaborar la mencionada Resolución N° 006.

Sobre el CARGO TERCERO, aduce la defensora que el inicio anticipado del contrato se debió a la directriz impartida por el gerente general de la época, quien, adicionalmente, suscribió esta acta de inicio anticipada; todo esto sin que se hubiere afectado el buen funcionamiento de la empresa ni los fines de la contratación pues se actuó conforme a la Resolución 024 de 2015. Indica que en dicha acta de inicio anticipada se especifica que: *“[...] SE AUTORIZA por parte del Gerente de Empresas Varias de Medellín S.A E.S.P., el inicio anticipado del referido contrato a partir de la fecha [...]”*.

Finalmente, sobre el CARGO CUARTO sostiene que acerca del pago parcial, *“[...] el pago es el resultado de multiplicar los valores unitarios cotizados por el contratista y aceptados por la Empresa, por los suministros efectivamente recibidos durante ese período, por lo que no era necesario discriminar cada uno de los ítems correspondientes a la obra ejecutada [...]”* (fl. 318). Ahora, también se refiere a la ausencia de informes de supervisión, indicando que este informe sí se envió por el contratista junto con unas fotografías. Puntualmente, añade que:

“[...] Con la suscripción del acuse de recibido del informe fotográfico que remitió el contratista, se dio por recibida parcialmente a entera satisfacción de la obra ejecutada. Esto obedeció a la excesiva carga laboral que soporta no solo el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, sino la mayoría de los servidores públicos que laboran en la Empresa, quien no solo deben atender las funciones generales y específicas contenidas en el Manual de responsabilidades Resultados y Perfiles para el cargo que ocupa, como se evidencia en el que obra en el expediente a folios 112, sino las que adicionalmente le son asignadas, generando la imposibilidad de dar estricto cumplimiento a ciertas exigencias contenidas en las cláusulas contractuales, las cuales no afectan el funcionamiento de la Empresa. [...]” (fl. 318)

Concluye la abogada argumentando que las pruebas de campo se realizaron al momento de la instalación de los equipos y en presencia de funcionarios de Emvarias S.A. E.S.P., y sobre la presentación de un cronograma aclara que el mismo no podía presentarse pues dependía del

cronograma de obra civil que adelantaba el Municipio de Medellín. En suma, para la dra. ALARCÓN CUEVAS con ninguno de los cargos formulados por el Despacho se afectan los principios de la función pública, y, por lo tanto, no opera el requisito de la ilicitud sustancial.

En los **alegatos de conclusión** presentados por la abogada, vía correo electrónico del 23 de marzo de 2021, se tiene que solicita proferir fallo absolutorio con base en los argumentos que reúne en dos partes. En la primera, se hace referencia a los cargos PRIMERO y SEGUNDO a fines al contrato 2015-140, indicando que la cláusula correspondiente a pago del contrato establecida en las condiciones de la invitación expresa una forma de pago consistente en: un pago final de 100% entregadas todas las actividades presentes en el objeto del contrato, que este pago se realiza con la entrega a pedido de 3 puntos naranja móviles o con el acta de recibo a entera satisfacción suscrita por el supervisor del contrato. Reitera que los bienes objeto de este contrato fueron recibidos físicamente el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se causa la factura N° 2480, esto es, dentro de la vigencia 2015, que, pese a esta recepción de los bienes, el acta de recibo a satisfacción se suscribió el 18 de enero de 2016 pues lo que faltaba por entregar era un accesorio mínimo.

Soporta estos argumentos en la declaración juramentada rendida por la señora MARCELA RESTREPO CORREA, cuando sostiene que la indicación dada para el cierre de año fue que los interventores una vez recibieran el objeto contractual, debían entregarle al proveedor un número de orden y de batch para que estos pudieran radicar la factura, y una vez presentada ésta, dentro de los 30 días siguientes el mismo sistema programa el pago. Continúa indicando la testigo, citada por la defensora, que el funcionamiento de dicho sistema funciona así:

“[...] Mediante un acta de transacción con EPM tenemos contratado con ellos que una vez el proveedor tiene un número de orden y batch que le entrega al interventor, el proveedor se lo ingresaba a la factura, y ya la radicaba en ese momento en el sótano de EPM, una vez ingresa la sótano de EPM, la factura comienza un proceso por el aplicativo MERCUIRO donde tiene un flujo de tareas, aplicación Work Flow, este flujo de tareas, la primera tarea sapa ser de una de las personas del centros de servicios compartidos de EPM que se encarga del cotejo de factur, entonces ellos verifican la información de la factura, el lleno de requisitos administrativos y legales que impone la DIAN para facturación y la registra en el sistema financiero de nosotros que se llama JD EDWARDS. En ese sistema se le crean todas las retenciones, códigos para que le generen las retenciones, la cuenta por pagar y afecte presupuestalmente en la vigencia en que está ingresado. En este caso afecta la vigencia que estaba cerrando en se momento, y el sistema automáticamente y sino hay nada pactado contractualmente de manera diferente, automáticamente el sistema le da 30 días par el pago de la factura, o sea si la factura entra 26 de diciembre la factura le asigna 30 días hábiles posteriores a eso para la fecha de pago. Y una vez va llegando la fecha de pago, el día que llega la fecha de pago, los martes y jueves las personas encargadas de pago en el centro servicios de EPM son quienes van y les da por esas fechas de pago generan unos grupos de pago y generan los pagos automáticamente. Para ese contrato soy yo la interventora. O sea la tesorería de Emvarias no realiza los pagos como tal, sino que lis realiza el centro de servicios compartidos de EPM. [...]” (fl. 403)

La defensora continúa citando a la testigo RESTREPO CORREA cuando se le pregunta acerca del hallazgo formulado por la Contraloría, quien refiere que si el interventor de un contrato recibe el objeto principal del contrato, puede solicitar la orden y el batch porque estaría haciendo recibo a satisfacción del objeto principal del contrato, cuando el proveedor radica entonces la factura se genera una cuenta por pagar en el sistema, ahora bien, en el año siguiente se genera una resolución de las cuentas por pagar presupuestalmente que son aquellas cuentas por pagar registradas en el sistema; insiste la testigo que si se creó en el sistema la factura como una cuenta por pagar en la vigencia 2015 porque se cerraba el presupuesto. Finalmente, sostiene la abogada que no es responsabilidad del interventor de un contrato incluir en la resolución N° 006 una cuenta por pagar específica.

Ahora bien, respecto del TERCER CARGO formulado por este Despacho reitera que el acta de inicio anticipado fue autorizada y suscrita por el Gerente General de Emvarias S.A E.S.P. de la época, basa

este argumento en lo expresado por el declarante LUIS ARBEY TORRES MIRA cuando afirma que:

“[...] En este caso es importante precisar si se contrata un contrato de obra o de compraventa, y es de la usanza suscribir acta de inicio anticipado pero básicamente es para efectos de vigencia de garantías de cumplimiento, en los contratos de compraventa, como lo explicaba en el proceso anterior, la ejecución del contrato está ligada a la entrega y en los otros contratos de tracto sucesivo es desde el momento en el que deben ejecutarse las obligaciones, verbi gracia, en un contrato de obra. Eso sobre los registros presupuestales y el inicio anticipado, los inicios anticipados deben ser firmados por regla por el representante legal de la entidad, es casi que una instrucción del representante quien da el avala del inicio anticipado, y algunos de esos controles no los tiene directamente el interventor aunque debe verificar la existencia de todo, de garantía y demás requisitos para la ejecución. Precizando un poco en el lenguaje, el registro presupuestal como requisito de ejecución para el contrato y cuando debe existir para el cumplimiento de las obligaciones, diferente a los contratos de tracto sucesivo que debería estar desde el principio. [...] cuando se toma decisión de inicio anticipado es en aquellos contratos donde no se evidencia ciertos riesgos o esos riesgos pueden ser manejados primordialmente mientras tengan garantías y pólizas, y por ser de esa trascendencia se cuenta con el aval, visto bueno y firma directa del representante legal de la empresa, así dicen los lineamientos, no es que tenga que ser, pero si el representante legal firma, pues se supone que hay una revisión jurídica, técnica y administrativa para la ejecución. [...]” (fl. 410).

Indica entonces la defensora que dicha acta de inicio fue autorizada por el representante legal y que, así las cosas, los controles de este documento no son de control del interventor de un contrato, quien está obligado a acatar las ordenes de sus superiores.

Finalmente, y acerca del CUARTO CARGO formulado por este despacho en disfavor del señor CASTRO DAVILA, sugiere la abogada que la factura N° 1007 estuvo bien presentada, acorde a los lineamientos del Código de Comercio, la DIAN y según las condiciones de la invitación y las cláusulas pactadas en el contrato. Indica que los pagos del contrato 040-2016 se realizaron en debida forma, conforme con lo ejecutado sin que se evidencie un mayor pagado por Emvarias S.A. E.S.P.; sostiene que no era posible presentar un cronograma pues la ejecución de este contrato dependía del avance de las obras civiles adelantadas por la Alcaldía de Medellín, también sugiere que el informe de las islas instaladas si se presentó y que se hizo el recibo a satisfacción de la obra ejecutada. Basa estos últimos argumentos en la declaración del señor MAURICIO FACIOLINCE, cuando expresa:

“[...] Como le contaba ahora, yo he conocido el proceso mucho después del desarrollo del mismo, pero conocemos por ser parte de la empresa del desarrollo de este proceso. En cuanto a uno de los puntos que son las pruebas técnicas de ese recibo incluso nosotros podríamos aportar un documento certificando que se realizaron esas pruebas en conjunto con el personal de España que estuvo acá desarrollando ese proceso, si la defensa considera y si el proceso lo considera nosotros podríamos dar una certificación por parte de la compañía en ese sentido, de las personas que estuvieron acá en el proceso de las pruebas técnicas y del desarrollo que se hizo acá dentro del proceso. Adicionalmente, entendemos que el proceso de suministro que nos correspondía a nosotros se cumplió a cabalidad, pero también entendimos que había una serie de problemas frente a localización de estos equipos producto de redes públicas y de algunos hallazgos en esos puntos que tuvieron que ser modificados y que dependía no de Emvarias sino del municipio de Medellín que era el que estaba desarrollando el proceso de localización de los equipos soterrados entonces en ese sentido consideramos que el proceso de suministro se llevó a cabalidad y los problemas que ha tenido Emvarias para instalar esos equipos dependen del proceso de la alcaldía y no solamente de la responsabilidad de Empresas Varias.” (fl. 353)

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

6.1. Análisis y valoración jurídica de los cargos, descargos y de las alegaciones que han sido presentadas por los sujetos procesales:

En providencia del de 17 de septiembre de 2020 fueron imputados al señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, los siguientes cargos:

CARGO PRIMERO: *En su calidad de servidor público, el señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato N° 2015-140, específicamente por cuanto no verificó la legalidad financiera en el sentido de que autorizó el pago de la factura N° 2480 del 29 de diciembre de 2015 sin contar con su reconocimiento en el acto administrativo por el cual se reconocen las cuentas por pagar para la vigencia 2016 conducta con la cual desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).*

CARGO SEGUNDO: *En su calidad de servidor público, el señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato N° 2015-140 pues no verificó la legalidad financiera del contrato, toda vez que recibió y suscribió acta a satisfacción de los bienes objeto de contrato en un vigencia posterior (2016) a la de la suscripción e inicio del contrato (2015) mientras se cambiaba de un año al otro, sin que se expidiera el acto administrativo que reconociera la cuenta por pagar conducta con la cual desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.)*

CARGO TERCERO: *: En su calidad de servidor público, el señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato N° 040-2016, específicamente al no verificar el aspecto financiero del contrato antes de la suscripción del acta de inicio, pues se inició la ejecución de este sin la expedición del registro presupuestal correspondiente sin , conductas que desconocen la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).*

CARGO CUARTO: *En su calidad de servidor público, el señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato N° 040-2016 en cuanto a que, con respecto al primer pago parcial, al no verificó el aspecto financiero del contrato ni elaboró las actas relacionando todos los hechos que suceden en la ejecución del mismo, pues omitió realizar un control acerca del contenido de la factura N° 1007, en el entendido de que esta carecía de la especificación de costos unitarios, del informe escrito de las dos islas instaladas y del acta de recibo parcial a entera satisfacción de la obra ejecutada. Tampoco hizo cumplir las cláusulas contractuales pues no verificó ni controló dos obligaciones del contratista establecidas en la invitación, las cuales son: la elaboración de pruebas de campo de los equipos instalados y la entrega del cronograma de trabajo, conductas que desconocen la normativa relativa a las funciones de supervisión tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).”*

POSTURA DEL DESPACHO SOBRE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Pues bien, corresponde analizar los cargos formulados a la luz de los argumentos dados por la defensa en sus descargos y alegatos de conclusión, amén de las pruebas obrantes legítimamente en el proceso. Así las cosas, se procede a analizar cada cargo en atención a la formulación hecha por este despacho en los términos antes mencionados con los argumentos presentados por la defensa y que se plasmaron en el apartado anterior.

Con respecto a la idea según la cual no es responsabilidad del supervisor de un contrato intervenir

en la elaboración de la resolución o acto administrativo relativo a la inclusión de las cuentas por pagar, este Despacho acoge de manera parcial los argumentos dados por la defensora, esto es, en lo relativo al testimonio de la señora MARCELA RESTREPO CORREA, tal y como se pasa a analizar en el apartado siguiente, pero no acoge la idea por la cual la defensora se remite a los términos de la invitación para justificar el pago de la factura N°2480, pues para ello se suscribe un contrato que constituye ley para las partes y a cuyo cumplimiento se obligan las mismas, siendo los elementos previos a esta firma fundamentales para su ejecución pero no definitorios de las obligaciones de las partes suscribientes. En relación con esta consideración del Despacho, tampoco es de recibo la idea de que según el Estudio de Conveniencia y Oportunidad se podía hacer el pago con la entrega de los tres puntos naranja móviles, sino que se debió haber expedido dentro de la vigencia 2015 el acto de recibo a satisfacción, pues como se verá, queda claro que para proceder con el pago de la factura N° 2480 se requería del recibido a satisfacción de los bienes y que incluso, para que la factura N° 2480 hubiere podido ser tenida en cuenta como una cuenta por pagar era indispensable que se contara con su recibido a satisfacción, hecho que se hizo en la vigencia 2016. Las conclusiones probatorias que llevan al despacho a no continuar el reproche disciplinario con relación al primer cargo, pero si, con relación al segundo, se amplían en el siguiente numeral.

Ahora bien, acerca del tercer cargo y el hecho de que se suscribió acta de inicio anticipado sin el registro presupuestal y con la autorización del gerente general, es procedente indicar que no le asiste razón a la defensa cuando argumenta que el señor CASTRO DÁVILA estaba cumpliendo ordenes de su superior jerárquico, el gerente de la época. Para el Despacho es claro que la expedición del registro presupuestal es requisito esencial para la EJECUCIÓN de un contrato que, como el 040 de 2016, es de tracto sucesivo.

Finalmente, sobre el cuarto cargo, se reciben los argumentos relacionados con que la factura N° 1007 estuvo presentada en debida forma, esto en armonía y correspondencia con lo expresado por este Despacho en relación al primer cargo y a la pertinencia, conducencia y utilidad del testimonio de la señora MARCELA RESTREPO CORREA. Sobre la presentación del cronograma y la realización de pruebas de campo, se reciben de manera total los argumentos dados por la defensa y como se argumentará, no se continuará el reproche disciplinario con respecto a la forma de presentación de la factura N° 1007, la realización de las pruebas de campo y del cronograma, por parte del contratista. Asunto diferente es el relacionado con la suscripción del acta de recibo parcial de los bienes, la cual no se entiende surtida con el mero acuse de recibido por parte del supervisor del informe fotográfico enviado por el contratista, similar situación sufre la falta de presentación de informe de las dos islas instaladas, obligación del contratista claramente pactada en la cláusula tercera del contrato, informe que no se da por presentado con el registro fotográfico, pues este último se debe presentar como requisito para el pago y el informe de las dos islas instaladas corresponde a una obligación del contratista de carácter general, que no está ligada al pago, pero si a la ejecución cabal del clausulado contractual. Para ampliar estas conclusiones, se dará paso al análisis jurídico-probatorio.

6.2. Análisis jurídico-probatorio.

Analizado el material probatorio del que se ha dado cuenta, las siguientes son las conclusiones que extrae el Despacho, a la luz de las reglas de la sana crítica y con fundamento en la apreciación razonada de la prueba (art 98 y Título VI de la Ley 734 de 2002). El hilo argumentativo que se seguirá a continuación consistirá en analizar cada uno de los cargos formulados en armonía con las pruebas que reposan en el plenario, haciendo referencia a argumentos de naturaleza jurídica que ayuden a soportar las conclusiones a las que aquí se lleguen, separando los dos primeros cargos de los dos últimos en atención al número y tipo de contrato que se examina. Sin embargo, a manera de introducción en este apartado se deberá hacer una precisión jurídica preliminar importante que

versa sobre la forma mediante la cual se analizarán los testimonios solicitados y que se practicaron durante el periodo probatorio correspondiente.

Pues bien, se partirá de lo indicado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Martha Sofía Sáenz Tobón, el 19 de julio de 2007, Rad. 68001-23-15-000-2006-02791-01, que ha manifestado sobre la valoración de una prueba testimonial lo siguiente:

“Lo que se pretende con la prueba testimonial es el relato de los hechos percibidos, es decir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sin que en principio interese su opinión, pues de lo contrario se trataría de una prueba pericial; hay que acudir al texto de las pruebas para mirar si las declaraciones son responsivas, exactas y completas o si por el contrario son vagas, incoherentes o contradictorias; de otro lado la Sala examinará si algún testigo puede estar movido por sentimientos de interés, amor o animadversión. El Consejo de Estado ha señalado que la eficacia de la prueba testimonial depende mas de la calidad del testimonio que de su número, que su bondad radica exclusivamente en que el testigo no se engañe o que él mismo no tenga interés en engañar. [...]”

Este Despacho procede con el análisis de los testimonios que reposan en el plenario a la luz de lo manifestado por el doctrinante Framarino dei Malatesta (1988), quien sostiene que la credibilidad concreta de la prueba testimonial consiste en que el ser humano percibe y relata la verdad, es por ello que la valoración de mayor o menor certeza aportada por un testigo no es graduable en términos matemáticos pues no es posible un señalamiento numérico en grados de lo manifestado por un testigo, “[...] la graduación no es sino medida, y la medida no es otra cosa que una cantidad material conocida, que sirve para hacer conocer cantidades materiales desconocidas, [...] pero los movimientos de la mente y de las consciencia, como son actitudes síquicas y no cantidades materiales, no pueden someterse a medida alguna. Espiritualidad y medida son conceptos opuestos y heterogéneos. [...]” (Malatesta, F. 1988, Pág. 43). Esto es, lo expresado por los testigos deberá ser leído a la luz del principio probatorio de la sana crítica, motivo por el cual la apreciación de un testimonio estará dada fundamentalmente en la idea según la cual “[...] para que el hombre narre la verdad que ha percibido, de acuerdo con la presunción de veracidad humana, es preciso que no se haya engañado al percibir, y que no quiera engañar al relatar lo percibido.” (Malatesta, F. 1988, Pág. 47). Así pues, es claro que el Despacho toma juramento al iniciar una diligencia de declaración con el fin de advertirle al declarante o testigo que sus palabras deberán ser ciertas, verdaderas, acordes a la realidad percibida, que, de hacerlo de manera contraria, su actuación derivaría en la comisión de un ilícito sancionado incluso con penas privativas de la libertad.

Los testimonios que se valorarán a continuación serán examinados como medios para comprender las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su estudio deberá hacerse a la luz de los criterios antes mencionados, esto es, que los mismos sean responsivos y completos, sin ser vagos o incoherentes, que de los mismos no se avizoren sentimientos de interés o animadversión sobre el investigado, y que se presenten sin muestra de engaño o no tenga interés de engañar a quien lo escucha.

RESPECTO DEL CONTRATO 2015-140: SOBRE EL CARGO PRIMERO Y SEGUNDO.

Recordemos que este contrato fue suscrito entre Emvarias S.A. E.S.P. y Áreas Portátiles S.A.S, tuvo por objeto “Suministro e instalación de 3 (tres) puntos naranjas móviles para uso de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P”, firmado el 30 de noviembre de 2015, con acta de inicio del 29 de diciembre de 2015. Sobre este contrato en particular, el Contralor Auxiliar de Auditoria Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, levantó un hallazgo con incidencia disciplinaria consistente en: “[...] **Hallazgo No. 11.** En la evaluación del contrato CT-2015-140, se evidenció que la empresa canceló la factura N° 2480, presentada por el contratista el 29 de diciembre de 2015, sin contar con la constitución de las cuentas por pagar y sin el recibo a satisfacción de los bienes objeto del contrato a 31 de diciembre, lo que vulnera lo establecido en el numeral 2.3 de los términos de la invitación y el artículo 13 del decreto 4836 de 2011, [...] El

acta de recibo suscrita por el supervisor evidencia que los bienes fueron recibidos el 18 de enero de 2016 y la resolución N° 006 del 10 de febrero 2016 confirma que las cuentas por pagar correspondiente a la vigencia 2015, fueron establecidas con fecha posterior al pago de la factura, 28 de enero de 2016. [...]” . Hecho que generó la formulación de dos cargos relativos a: (i) la autorización del pago de la factura N° 2480 del 29 de diciembre de 2015 sin contar con su reconocimiento en el acto administrativo mediante el cual se reconocen las cuentas por pagar, y (ii) recibió y suscribió acta de recibo a satisfacción de los bienes objeto del contrato en una vigencia posterior a la de la suscripción e inicio del contrato, esto es el 2015.

Estos hechos nos llevan a un escenario jurídico relacionado con la finalización de un año o vigencia, la suscripción y ejecución de un contrato, puntualmente la entrega final de los bienes objeto de la contratación durante la terminación de un año específico, y el pago al contratista bajo el cambio de vigencia. Analizar este tema presupuestal implica traer a colación el principio de anualidad del presupuesto, el cual está establecido en el artículo 346 y 347 de la Constitución Política, y se entiende según lo establecido en el artículo 14 del decreto 111 de 1996, que establece: *“El año fiscal comienza el 1o. de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción”* .

Sin embargo, y eventualmente, por diversas circunstancias, no todos los gastos previstos en el presupuesto pueden ejecutarse en esa misma vigencia fiscal, pueden presentarse situaciones especiales que hacen que existan las reservas de apropiación y las reservas de caja, conceptos definidos por la Corte Constitucional en sentencia C-502/93, en los siguientes términos:

“Las reservas de apropiación corresponden a compromisos y obligaciones contraídos antes del 31 de diciembre con cargo a apropiaciones de la vigencia, por los organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, y cuyo pago está pendiente a esa fecha.

Las reservas de caja corresponden exclusivamente a las obligaciones de los distintos organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, exigibles a 31 de diciembre, y suponen dos requisitos: que la causa del gasto se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, etc.; y que la obligación respectiva esté incluida en el Acuerdo Mensual de Gastos. En síntesis: la reserva de caja corresponde a una cuenta por pagar.

Las semejanzas entre la reserva de apropiación y la reserva de caja son estas: a) Ambas corresponden a gastos que deben ejecutarse con cargo a un presupuesto cuya vigencia expiró el 31 de diciembre anterior; b) Las dos tienen vigencia de un (1) año, que se cuenta a partir de la fecha indicada en el literal a).

Las diferencias son estas:

a) Las reservas de apropiación corresponden a un compromiso, por ejemplo un contrato celebrado pero no ejecutado, o a una obligación, en tanto que las reservas de caja obedecen siempre a una obligación; b) Las primeras no cuentan con un Acuerdo Mensual de Gastos que las respalde, en tanto que las segundas si lo tienen; c) Las reservas de apropiación generalmente no representan un pasivo en el balance, por no ser exigible; las reservas de caja, por el contrario siempre representan un pasivo corriente exigible en el balance; d) Las reservas de caja se pagan con base en el Acuerdo Mensual de Gastos del año anterior, en el cual fueron incluidas, y las de apropiación requieren un nuevo acuerdo mensual de gastos; e) Las reservas de apropiación que corresponden al Presupuesto Nacional las aprueba el

Ministro de Hacienda y las refrenda el Contralor General de la República; las de caja se constituyen directamente por los empleados de manejo de las tesorerías y requieren solamente la aprobación del ordenador de gastos respectivo.

Si se trata del Presupuesto de 1993, por ejemplo, todas las reservas, de apropiación y de caja se constituirán en 1994, y en el mismo año se realizarán los gastos correspondientes."

Sobre las cuentas por pagar, nos dice el decreto 4836 de 2011 que:

Artículo 10. Modifícase el artículo 13 del Decreto 115 de 1996, el cual quedará así:

"Artículo 13. El presupuesto de gastos comprende las apropiaciones para gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión que se causen durante la vigencia fiscal respectiva.

La causación del gasto debe contar con la apropiación presupuestal correspondiente.

Los compromisos y obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre, deberán incluirse en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar y su pago deberá realizarse en dicha vigencia fiscal".

Se tiene entonces que bien podría pagarse una obligación en la vigencia siguiente a la cual se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, y que se incluya en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar. Corresponde ahora examinar la factura N° 2480, la cual se presentó por Áreas Portátiles S.A.S ante el Centro de Servicios Compartidos de EPM el 29 de diciembre de 2015, fecha de la suscripción del acta de inicio anticipada, en la misma factura se establece como periodo de pago 30 días, así mismo a folio 254 del plenario se observa como esta se paga el 28 de enero de 2016 dentro del término establecido para ello. Ahora bien, para que dicha factura pudiera considerarse como una cuenta por pagar o reserva de caja debía prestarse el servicio, o recibirse el bien o la obra que se hubiere contratado, dentro de la vigencia de este contrato, aspecto que requiere de atención por parte de este Despacho.

Se cuenta en el expediente con el Cd obrante a folio 113, puntualmente en el documento denominado DOCUMENTOS CT-140-2015 y en la página 1 del archivo pdf, se encuentra el acta de recibo con fecha del 18 de enero de 2016, en la cual "[...] procedieron a la entrega de tres (3) CONTENEDOR (Puntos Naranja Móviles), los cuales se recibe a satisfacción cumpliendo con los requerimientos establecidos en el contrato Nro 140 de 2015. Durante la realización del contrato [...] se cumplió con los requerimientos de fabricación de cada uno del contenedor. [...] Para constancia se firma a los **18 días del mes de enero del año 2016.**" (subrayas nuestras). Examinado este archivo se evidencia también en la página 3 la factura de venta N° 2480, la cual también reposa físicamente a folio 253 del plenario y de la que se extrae que se cobra por los 3 contenedores del punto naranja la suma total con IVA de \$77.638.800, fechando este documento el **2015/12/29** y radicándolo en EPM el mismo día. También es claro que reposa en el plenario a folios 72 a 76 la Resolución N° 006 del **10 de febrero de 2016**, por medio de la cual se establecen las cuentas por pagar de la vigencia fiscal 2015 que se pagarán con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2016. Es claro cómo en su artículo primero se indica "*Las cuentas por pagar de la vigencia fiscal 2015 que se pagarán con cargo al presupuesto de la vigencia fiscal 2016, son [...] AREAS PORTÁTILES S.A.S, NIT: 900.295.212-5, POR \$73.020.630.00*". Con estos elementos probatorios, se concluye que para la fecha en la cual se expidió la mencionada resolución ya se había pagado la factura N° 2480 radicada el 29 de diciembre de 2015 en el Grupo EPM, quedando este pago sin estar debidamente reconocido en el acto administrativo destinado para ello, asimismo sin que se hubieran recibido los bienes en la vigencia en la cual se suscribió el contrato, esto es, el año 2015, pues el acta de recibo data del 18 de enero de **2016**. Hasta este punto se analizan las pruebas documentales relativas a lo que se investiga, no obstante, resultó indispensable ampliar las circunstancias de tiempo, modo y lugar relativas a estos

hechos a partir de declaraciones juramentadas. De esta manera, obran en el expediente dos testimonios relativos expresamente a esta situación; a continuación, se transcriben las líneas relevantes sobre el particular.

- **MARCELA RESTREPO CORREA:** “[...] la indicación que se dio para el cierre de año fue que los interventores (sic). una vez hicieran recibo del objeto contractual principal, debían entregarle al proveedor un número de orden y de batch para radicar la factura, y una vez radicada la factura a los 30 días, en general en casi todos los contratos, como creo que es en este, se realizara el pago que lo realiza el sistema automáticamente programada fecha de pago según la fecha en la que entra la factura al sistema. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al despacho, lo que le conste acerca de cómo funciona este sistema al que usted nos indica que entran las facturas de manera automática. **CONTESTÓ:** Mediante un acta de transacción con EPM tenemos contratado con ellos que una vez el proveedor tiene un número de orden y batch que le entrega al interventor, el proveedor se lo ingresaba a la factura, y ya la radicaba en ese momento en el sótano de EPM, una vez ingresa la sótano de EPM, la factura comienza un proceso por el aplicativo MERCUIRO donde tiene un flujo de tareas, aplicación Work Flow, este flujo de tareas, la primera tarea sapa ser de una de las personas del centros de servicios compartidos de EPM que se encarga del cotejo de factura, entonces ellos verifican la información de la factura, el lleno de requisitos administrativos y legales que impone la DIAN para facturación y la registra en el sistema financiero de nosotros que se llama JD EDWARDS. En ese sistema se le crean todas las retenciones, códigos para que le generen las retenciones, la cuenta por pagar y afecte presupuestalmente en la vigencia en que está ingresado. En este caso afecta la vigencia que estaba cerrando en se momento, y el sistema automáticamente y sino hay nada pactado contractualmente de manera diferente, automáticamente el sistema le da 30 días par el pago de la factura, o sea si la factura entra 26 de diciembre la factura le asigna 30 días hábiles posteriores a eso para la fecha de pago. Y una vez va llegando la fecha de pago, el día que llega la fecha de pago, los martes y jueves las personas encargadas de pago en el centro servicios de EPM son quienes van y les da por esas fechas de pago generan unos grupos de pago y generan los pagos automáticamente. Para ese contrato soy yo la interventora. O sea la tesorería de Emvarias no realiza los pagos como tal, sino que lís realiza el centro de servicios compartidos de EPM. **PREGUNTADO:** sírvase indicarle al despacho, cual entonces sería la relación de los supervisores de los contratos en Empresas Varias de Medellín con este proceso que tienen las facturas una vez ingresan al centro de servicios compartidos de EPM. **CONTESTÓ:** Una vez ya han ingresado a los servicios compartidos ellos tienen como un perfil en el que pueden solicitar, en caso de que no se vayan a cumplir los requisitos más admirativos como entrega de informes o de temas menores, ellos podrían solicitar la retención de la factura, pero si el interventor no tiene ningún problema con el pago de la factura, ellos no tienen que intervenir en absolutamente nada del proceso porque se hace automáticamente por el sistema. [...] yo no hago las resoluciones por pagar presupuestales, eso lo hace el área de presupuesto nosotros en el sistema nos encargamos de que quede la factura y queda una cuenta por pagar tanto contable como presupuestalmente, si se requiere buscamos en el sistema que a 31 de diciembre de 2015 esa cuenta estaba registrada contable y presupuestal. [...] **PREGUNTADO:** ¿registrada en el sistema contable y presupuestal, en los dos? **CONTESTÓ:** Es un sistema financiero integrado al yo registrar la factura como una cuenta por pagar, afecta el presupuesto.” (fl. 404-405).
- **LUIS ARBEY TORRES MIRA:** “[...] Sobre este importante tema de manera general, no me encontraba vinculado, es un tema de que los bienes de un contrato deben surtir cuando no se cumple con la entrega en el tiempo hay dos opciones: o se reciben los bienes en el tiempo o hay unos temas que se llaman reservas o las cuentas por pagar, bajo ese parámetro se tiene que los bienes y las reservas cuando son reservas los tramita el área financiera de acuerdo con un instructivo que envían cada año al final de año. El tema de recibo de los bienes pues corresponde al interventor demostrar cuando se llegaron y en ocasiones pasa que está la fecha en que reciben los bienes y la fecha del acta de recibo, y en algunos casos no concuerda siendo elementos que podrían ser concomites o debieran serlo pero a veces la fecha la redacta con otras fechas, los recibos, pero de manera general no le tengo la información de que sucedieron en el marco de este contrato. [...]” (fl. 409).

Dado que el señor TORRES MIRA no tenía un conocimiento preciso y exacto de las forma de pago relativas a las cuentas por pagar pues refiere que para la fecha de estos hechos no se encontraba

vinculado en Emvarias S.A. E.S.P., se resalta, en relación con lo expresado por la señora MARCELA RESTREPO CORREA, que desde el área financiera se envía un instructivo al finalizar el año, a partir de esta idea, resulta coherente analizar el testimonio de la señora RESTREPO CORREA, pues ella señala que el instructivo dado el año 2015 es que si se recibía el objeto principal contratado en el año 2015, el supervisor de un contrato debía darle al contratista un número de orden y de batch para que, con estos números, el contratista pudiera presentar su factura en el centro de servicios compartidos de EPM, que, esa oficina es la encargada de revisar la legalidad de la factura, entendida en términos de requisitos del código de comercio y de la DIAN, de igual manera, el supervisor del contrato bien puede suspender el pago de la factura en caso de un incumplimiento en la entrega de informes y asuntos administrativos, de lo contrario, la programación del pago y en general, el tratamiento que sufre una factura una vez ingresa al centro de servicios compartidos, es automático y ajeno al manejo directo del supervisor.

Bajo esta ampliación de la situación relativa a cómo opera el pago de una factura en Emvarias S.A. E.S.P. para la época de los hechos y al papel que desempeña el supervisor en lo atinente al pago de estas obligaciones, recuerda el despacho que, para el caso concreto, son dos las actuaciones que se le reprochan en el auto del 17 de septiembre de 2020 al señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, a saber: (i) el pago de la factura sin contar con su reconocimiento como cuenta por pagar en el acto administrativo respectivo, y (ii) el pago de dicha factura sin el recibo a satisfacción de los bienes, mismo que se realizó el 18 de enero de 2016. Pues bien, sobre ambos hechos corresponde preguntarse acerca de la órbita de manejo y control con la que cuenta el supervisor de un contrato en Emvarias S.A. E.S.P., esto es, en términos de la realidad material, del día a día, en el cual se desenvuelven las funciones de supervisión de un contrato, ¿qué está bajo el control más directo del supervisor de un contrato y sobre lo que sea posible exigirle diligencia y cuidado en su manejo?

A la luz de expresado por la señora RESTREPO CORREA no es función del supervisor de un contrato elaborar la resolución o el acto administrativo mediante el cual se reconocen las cuentas por pagar, y es claro para el despacho que no debe ser así, es decir, que el supervisor del contrato no tiene por qué elaborar un acto administrativo de naturaleza presupuestal, para ello, desde la Entidad se debe contar con un responsable o un equipo de trabajo destinado a dicho fin. Es más, a folio 371 del plenario obra prueba documental, solicitada por la defensa del investigado, en la cual se da respuesta desde el Área Financiera de Emvarias S.A. E.S.P., en donde se especifica que:

“[...] Cuando se realizó el presupuesto de la vigencia 2016 fue necesario contemplar el pago de las obligaciones que se generaron en el año 2015 pero que por el tiempo de cancelación de la tesorería (que en general son 30 días, existiendo excepciones para conceptos como Impuestos o retenciones de pago solicitados por los ordenadores del gasto) no se terminan pagando en la vigencia en que se causa la factura, deberán ser cancelados en la vigencia siguiente, por lo cual se pedía la información del módulo de tesorería de JD Edwards de las CXP, reporte R574423C, y estas se incluyeron en la resolución 006 del 10 de febrero de 2016. Este manejo de las cuentas por pagar es basado en el artículo 89 del estatuto orgánico del presupuesto [...]

2. El funcionario responsable de incluir las cuentas por pagar en el acto administrativo “resolución 006 del 10 de febrero de 2016” fue la líder de presupuesto Eva Marleny Vargas Ferrer, con la información suministrada del reporte generado del sistema de JD Edwards de las CXP del año 2015, que se lleva al presupuesto 2016.” (fl. 371)

Así las cosas, la responsabilidad del supervisor del contrato no recae en la expedición de dicho acto administrativo, hecho que no se le reprocha al investigado; antes bien, lo que se cuestiona es la supervisión, control y vigilancia desempeñados a la hora del pago de dicha factura, esto es, el seguimiento económico y financiero de las transacciones involucradas en el contrato que fue asignado como supervisor. Con esto en mente y bajo lo expresado por la señora MARCELA

RESTREPO CORREA, una vez se recibe una factura en el centro de servicios compartidos, su trámite de pago se realiza de manera automática, sin que el supervisor de un contrato pueda disponer de manera completa de la factura radicada en el centro de servicios compartidos de EPM. Ahora, con respecto a la obligación del supervisor de advertir o informar a Emvarias S.A. E.S.P. acerca de la fecha en la cual se radicó dicha factura, siendo esta en una vigencia diferente a la de su pago, reste por concluir que, también a la luz de lo expresado por la señora RESTREPO CORREA y lo transcrito en la respuesta dada por el área Financiera de Emvarias S.A. E.S.P. sobre la resolución N° 006 del 10 de febrero de 2016, una vez ingresa una factura a dicho centro, se hace bajo la denominación de cuenta por pagar que afecta el presupuesto por tratarse de un sistema de información integral, así entonces, desde el área financiera se pidió información del módulo de tesorería del sistema JD EDWARDS de estas cuentas por pagar para ser incluidas en la Resolución respectiva, procedimiento que escapa de la órbita de manejo del supervisor de un contrato, por más que tenga como función la de verificar el aspecto financiero. Esto significa que el operador disciplinario, a la hora de evaluar el actuar de un investigado, no debe desconocer los aspectos que confluyen en el desempeño de las funciones de supervisión, en general, aquellos elementos materiales que afectan o conciernen el desarrollo normal de una función asignada a un servidor pues también hacen parte de una investigación integral que permita aclarar cómo ocurrieron los hechos que se investigan.

Asunto diferente es el de la suscripción del acta de recibido a satisfacción. Sobre este tema, se cuenta con que reposa en el expediente contractual, por un lado, el estudio de conveniencia y oportunidad el cual se indica en su numeral 7.6. valor y forma de pago, lo siguiente:

“[...] se realizará un (1) PAGO: se establece en un pago final del 100% una vez entregadas todas las actividades presentes en el alcance del objeto, este pago se realizará con la entrega a pedido de los tres (3) puntos naranjas móviles o, con la respectiva acta de recibo a entera satisfacción suscrita por el interventor del contrato, [...]” (fl 113 – CD- Documentos CT-140-2015 -pág. 31).

Por su parte, en el clausulado contractual, que reposare en el mismo CD obrante a folio 113 - Documentos CT-140-2015 - pág. 13, se observa cómo en la cláusula quinta se hace expresa alusión a la FORMA DE PAGO, en los siguientes términos:

“[...] QUINTA. FORMA DE PAGO. Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., pagará mediante UN UNICO PAGO al CONTRATISTA el valor correspondiente, una vez se haya recibido a satisfacción por parte del Interventor/supervisor asignado al contrato los suministros realizados. [...]” (fl 113 – CD- Documentos CT-140-2015 -pág. 13).

De los dos elementos contractuales, y sobre todo del último, esto es, el contrato como tal, que constituye ley para las partes y a su imperante cumplimiento se obligan, queda claro que para proceder con el pago de la factura N° 2480 se requería del recibido a satisfacción de los bienes. Pues bien, recurriendo nuevamente a lo expresado por la señora MARCELA RESTREPO CORREA y al papel de un supervisor acorde a los procesos internos de Emvarias S.A. E.S.P. para el pago de una factura, es obligación del supervisor de un contrato asignarle el número de orden y batch al contratista para que este relacione los mismos en la factura que presentará en el centro de servicios compartidos de EPM. Así las cosas, considera el despacho que se deben de dar estos datos una vez se cumpla lo establecido en la cláusula quinta del contrato relativa a la forma de pago, esto es, *“una vez se haya recibido a satisfacción por parte del Interventor/supervisor asignado”*, así, se podrá proceder con el trámite interno que lleva una factura una vez es presentada para su pago.

Bajo esta conclusión, considera el despacho que, incluso, para que la factura N° 2480 hubiere podido ser considerada como una cuenta por pagar era indispensable que se contara con su recibido a satisfacción, documento que según la Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 o Manual Práctico

de Interventoría, consiste en: “[...] *El recibo y aceptación de los bienes y servicios contratados se realizará de conformidad con las especificaciones y características estipuladas en el contrato, y dentro de los términos allí señalados.*” (fl. 53); además de que en este mismo instrumento normativo se observa como una de las actas que deben elaborar los supervisores o interventores de los contratos un acta de recibo definitivo, en la cual “[...] *declaran conjuntamente interventor y contratista que el contrato se ha cumplido de conformidad con lo pactado y se registran las cantidades de bienes o servicios recibidos lo mismo que los desembolsos hechos por el contratante.*” (fl. 51). En atención a la conclusión antes expuesta, es claro cómo el acta de recibo a satisfacción de los bienes objeto de suministro del contrato 140 de 2015, se suscribió el 18 de enero de 2016, esto es, en vigencia diferente a la de suscripción del contrato citado, esto es, 2015. Se evidencian entonces varias fechas importantes, por un lado, la presentación de la factura N° 2480 el **29 de diciembre de 2015** y la suscripción del acta de recibido a satisfacción el **18 de enero de 2016**, cabe indagar acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon estas dos fechas resaltadas.

En el escrito de versión libre y espontánea presentado por el investigado, este señala que:

“[...] Es pertinente precisar al Despacho que, de acuerdo con la cláusula correspondiente a la forma de pago pactada en el contrato, se estableció un pago final mediando una de dos condiciones: con la entrega a pedido de los tres puntos naranja, o con la respectiva acta de recibo a entera satisfacción suscrita por el interventor del contrato.

Lo anterior significa que en ningún momento se presentó incumplimiento en mis funciones ya que los bienes fueron recibidos quedando pendiente el acta de recibo a entera satisfacción [...]” (fl. 358).

Y en el escrito de descargos, sostiene la defensa:

“[...] los bienes objeto del contrato 2015-140 fueron recibidos físicamente el día 29 de diciembre de 2015, fecha de causación de la factura No. 2480 de la misma fecha, el acta de recibo a satisfacción se suscribió el día 18 de enero de 2016, por cuanto lo pendiente era un accesorio plástico mínimo. El pago solo se hizo una vez se allegó el acta de recibo, pues la causación y el pago son dos momentos distintos. La primera se realizó dentro de la vigencia fiscal 2015 [...]” (fl. 327).

Este Despacho considera que la forma de pago es clara y expresa, esto es, que se realiza una vez se cuente con el recibo a satisfacción de los bienes suministrados, no con la entrega de los puntos naranjas, pues aunque esto se mencionó en los Estudios de Conveniencia y Oportunidad, es el clausulado contractual el que precisa y determina con exactitud lo que se pudo haber mencionado en el estudio previo, recordemos que es el contrato el que define la forma mediante la cual se van a cumplir las obligaciones tanto del contratista como del contratante. Ahora, con respecto a que los bienes se hubieran recibido en diciembre de 2015 pero que quedaba pendiente un accesorio plástico y por ende la elaboración del acta de recibo a entera satisfacción, observa el despacho que no hubo cuidado suficiente ni diligencia por parte del supervisor de este contrato para vigilar y controlar la forma en la que se recibían los bienes y su efecto en el pago de la factura presentada el 29 de diciembre de 2015, pues si se había recibido el bien principal del contrato, lo esperado es que, en atención a la instrucción dada desde el área financiera acerca de las facturas que se iban a presentar finalizando la vigencia 2015 y con miras a no afectar el presupuesto del año saliente y del entrante, el supervisor del contrato debió haber suscrito el acta de recibo dejando como anotación especial la falta del accesorio plástico. No le asiste razón a la defensa cuando sostiene que el pago se hizo una vez se suscribió el acta de recibo a satisfacción, esto es, que como el acta de recibo se suscribió el 18 de enero de 2016, está bien el pago de la factura citada para el 28 de enero de 2016. Sobre esta inferencia se debe acudir a la misma forma de pago establecida en la factura N° 2480 del

29 de diciembre de 2015 en donde se expresa que esta se pagará a los 30 días siguientes de su presentación, esto es, si se presentó el 29 de diciembre de 2015, Emvarias S.A. E.S.P. tenía hasta el 29 de enero de 2016 para cancelarla. Este proceso, como quedó claro con el testimonio de la señora RESTREPO CORREA, es automático. Ahora bien, también como dijo la misma testigo, el supervisor de un contrato bien puede suspender el pago de una factura cuando el contratista no cumple con requisitos administrativos como la presentación de informes, así las cosas, si los tres contenedores suministrados por Áreas Portátiles S.A.S. fueron entregados por esta y recibidos por Emvarias S.A. E.S.P. el mismo día que se presenta la factura por ellos en el centro de servicios compartidos de EPM, se evidencia una ausencia de supervisión juiciosa por parte del señor CASTRO DÁVILA, quien tiene dentro de su órbita de control la recepción de los bienes objetos del contrato. Si bien es claro para esta Coordinación de Asuntos Disciplinarios que no está dentro del control directo del supervisor de un contrato el trámite interno que tiene una factura en relación con las áreas de tesorería y de esta con la de presupuesto para que la factura determinada sea tenida en cuenta como una cuenta por pagar, si está dentro de su control directo el recibido de bienes, la suscripción del acta de recibo a satisfacción y la implicación que este documento tiene en el pago de la factura que presente el proveedor ante el centro de servicios compartidos de EPM. Mas, cuando el informe de supervisión o interventoría, instrumento fundamental que da cuenta de la gestión del supervisor y, en general, del desarrollo del contrato, no se observa anotación alguna referida a la entrega del bien principal del contrato el 29 de diciembre de 2015.

Es decir, avizora el Despacho, que la elaboración del acta de recibo a satisfacción no obedeció a la realidad contractual, esto es, lo consignado en el pluricitado documento, no da cuenta de cómo y cuando sucedieron los hechos, ya que en palabras del mismo disciplinado y su defensa, los bienes fueron entregados el 29 de diciembre de 2015 y quedó pendiente un accesorio, que según ellos mismos era mínimo, pero en el expediente contractual quedó plasmado algo completamente diferente y es que la totalidad de los bienes objeto del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones, apenas fueron satisfechas el 18 de enero de 2016. Situación que, por demás, resulta exótica a la luz de la experiencia de la actividad contractual, ya que no es lógico desde el punto de vista de la tipología – contrato de suministro - que se agote el mismo día en que inicia, ya que por definición la ejecución de este se traslada en el tiempo, es de tracto sucesivo, lo que le diferencia a la leguas del contrato de compraventa. Con el fin de soportar e ilustrar esta conclusión, se recuerda que son varias las obligaciones del contratista, las cuales bien pueden prolongarse en el tiempo. Según el tenor literal del contrato se cuenta con la siguiente cláusula:

“[...] TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. Las establecidas en el numeral 2.3. de los términos de invitación y las propias de la clase de contrato a celebrar, las demás que se infieran de los términos de invitación, sus escritos modificatorios y las de la presente orden de servicio”

Es por ello que, según los términos de invitación, se cuenta con las siguientes obligaciones del contratista:

“2.3. OBLIGACIONES. [...]”

1. Poseer la infraestructura administrativa y técnica adecuada que garantice el normal desarrollo de la presente invitación.

[...]

12. El contratista será responsable del suministro de insumos, equipos, herramientas, materiales, equipos de protección o cualquier otro elemento necesario para la prestación del servicio solicitado al personal a su cargo, los cuales deben ser los adecuados al tipo de labores a ejecutar y verificar el buen uso por parte de los mismos.

13. El almacenamiento y vigilancia de los equipos, insumos y herramientas que utilice para el desarrollo del objeto contractual, estará bajo su única y exclusiva responsabilidad.

[...]” (fl. 132 y 133 del expediente contractual)

En suma, considera el Despacho que los hechos relacionados en el primer cargo formulado en disfavor del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA no será objeto de sanción por parte de esta oficina de control disciplinario pues no reposa prueba concreta en el plenario que dé cuenta de la intervención del supervisor de un contrato dentro del trámite de una factura una vez esta es presentada en el centro de servicios compartidos de EPM, y a su vez, de la relación que tienen las dependencias de tesorería y la financiera de Emvarias S.A. E.S.P. para expedir el acto administrativo por el cual se reconocen las cuentas por pagar, endilgarle responsabilidad al investigado frente a un escenario de difusa especificación de las funciones del supervisor de un contrato dentro de la verificación financiera del contrato, implica desconocer el principio de presunción de inocencia que reviste a los investigados. Por su parte, si es procedente sancionar al señor CASTRO DÁVILA por los hechos reprochados en el segundo cargo formulado en auto del 17 de septiembre de 2020, pues la recepción de los bienes objeto del contrato, la suscripción del acta de recibo a satisfacción y la implicación que ambos eventos tiene en el pago de una factura, si es responsabilidad directa del supervisor de un contrato, no se cuenta con la presencia de otras áreas de Emvarias S.A. E.S.P. que puedan generar cierta indefinición en el ejercicio de las funciones de supervisión. Por el contrario, para el Despacho es claro que, incluso, para que la factura N° 2480 del 29 de diciembre de 2015 pudiera ser considerada como una cuenta por pagar se debían tener los bienes recibidos por la entidad contratante dentro de la vigencia de suscripción del contrato, hecho que sucedió, pero el 18 de enero de 2016.

RESPECTO DEL CONTRATO 040-2016: SOBRE EL CARGO TERCERO Y CUARTO.

Este contrato se suscribió el 28 de junio de 2016 entre EMVARIAS S.A. E.S.P. y CB Ingenieros S.A.S, con acta de inicio anticipada del **29 de julio de 2016**¹ (fl. 242 – pág. 145 del archivo CT-040-2016-(3)) y objeto contractual consistente en “suministro e instalación de 12 sistemas de contenedores soterrados (12 islas con tres *buzones cada una*) para proyecto piloto, con contenedores plásticos de 1.100 litros cada buzón, sistema de levante hidráulico al camión y sistema lifter adaptado al vehículo”, y según el hallazgo Nro. 23 levantado en la Auditoría Regular Vigencia 2016 practicada por la Contraloría General de Medellín a EMVARIAS S.A. E.S.P, se presentaron varios hechos que presuntamente dieron cuenta de ausencia de supervisión por parte del investigado. En el mismo sentido en el que se estudiaron estos hechos en el auto del 17 de septiembre de 2020, por el cual se formulan cargos en disfavor del señor CASTRO DÁVILA, se proceden a especificar dichas circunstancias objeto de reproche disciplinario.

Acerca del inicio de la ejecución del contrato sin el cumplimiento de los requisitos de formalización, puntualmente la suscripción del acta de inicio sin la expedición del registro presupuestal. Para ello, es importante tener en cuenta que el acta de inicio anticipada es del **29 de julio de 2016**, y que en el archivo CT-040-2016 (3), a folio 134 del expediente contractual, se evidencia el Registro Presupuestal N° 4778 con fecha de elaboración y aprobación del **4 de agosto de 2016**. Lo anterior permite indicar que la responsabilidad del investigado se encuentra comprometida, por cuanto, se suscribió acta de inicio anticipada del contrato el pasado 29 de julio de 2016 sin que el registro presupuestal estuviera elaborado ni aprobado, pues este se hizo varios días después. En este sentido resulta necesario definir cómo el artículo 25 de la resolución 024 de

¹ En las tres prorrogas suscritas dentro de este contrato (ver folios 153 y ss. Del archivo CT-040-2016 (3) CD obrante a folio 242) se consigna como fecha de acta de inicio el 29 de julio de 2016.

2015 establece: “[...] Artículo 25. Iniciación de la ejecución del contrato. Para la iniciación de la ejecución del contrato, deberán estar aprobados los documentos requeridos para su formalización. En casos especiales, debidamente justificados y previa valoración del riesgo y autorización del servidor competente, se podrá iniciar anticipadamente la ejecución del contrato, contando con el respectivo registro presupuestal. [...]”.

Pues bien, para el Despacho no hay duda alguna respecto de las fechas en las cuales se expidió el Registro Presupuestal correspondiente al contrato en cuestión, así las cosas, es claro que nos encontramos en presencia de una supervisión precaria por parte del señor CASTRO DÁVILA, quien fuere asignado como supervisor de este contrato. Sobre el particular, la defensa insiste en que dicha acta de inicio anticipado fue autorizada y suscrita también por el Gerente General de Emvarias S.A. E.S.P., tal y como se observa a folio 145 del expediente contractual, y que, así las cosas, no le cabe responsabilidad al señor CASTRO DÁVILA pues se encontraba en cumplimiento de una orden dada por el ordenador del gasto. Pues bien, cabe recordar en palabras del Consejo de Estado en diversos pronunciamientos los siguientes argumentos, que si bien refiere a un contrato celebrado bajo el procedimiento señalado por la Ley 80 de 1993, en él se da cuenta de la naturaleza jurídica del Registro Presupuestal y la necesidad de su expedición para la ejecución del contrato:

«(...) El Consejo de Estado en varias providencias[1] al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.

Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000[2], en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

En sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307[3], la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, porque es un requisito necesario para su ejecución. (...)»²

Con el fin de darle mayor soporte jurídico a estas afirmaciones antes relacionadas, se trae a continuación lo expresado por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, en sentencia del 12 de agosto de 2014 rad. 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565), expresó:

*“[...] En consecuencia, como existió el contrato de prestación de servicios, y constituyendo el registro presupuestal un requisito de ejecución, su ausencia no produce inexistencia del negocio, ni siquiera lo vicia de nulidad, **porque el papel que cumple –según el inciso segundo del art. 41- es autorizar el inicio de una etapa del contrato que no incide en su formación: la ejecución de las obligaciones. Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la garantía única que constituye el contratista, defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados.***

² Argumentos encontrados en el portal web:
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/7404>

[...]

*En los términos del art. 71 del Decreto 111 de 1996, cuando se exige registro presupuestal y la entidad no lo obtiene, la sanción que se aplica no afecta al acto o al contrato sino a la persona que incumple la obligación. Dispone el inciso final de dicha norma -luego de señalar que los compromisos económicos del Estado deben contar con registro presupuestal (...) La sanción por la violación a esta norma es clara: **el funcionario que omite el requisito responde disciplinaria, penal y fiscalmente, incluso patrimonialmente –alcance personal de la conducta-, por ejecutar un contrato sin respaldo presupuestal; pero de allí no se desprende que cualquier vicio asociado a este requisito -exigible a todos los actos o contratos que involucren gastos- se sancione con nulidad. Un entendimiento amplio o extendido de las consecuencias derivadas de los defectos de este requisito produciría, inclusive, la nulidad un acto administrativo de contenido laboral que reconozca un pago sin tener el registro presupuestal de respaldo. Semejante alcance es inaceptable, porque es claro que la validez del acto y la responsabilidad del funcionario que lo expide sin cumplir esta obligación son aspectos diferentes. (...) la Sala confirma y consolida (...) que la ausencia de disponibilidad y con mayor de registro presupuestal no producen ni inexistencia ni nulidad del contrato estatal.***

[...]” (negritas del Despacho).

El hecho de que el acta de inicio anticipada hubiere sido autorizada por el gerente de la época no exime de responsabilidad al supervisor del contrato citado, pues es este funcionario el encargado de revisar paso por paso el cumplimiento de los requisitos necesarios para que el contrato pudiera iniciarse de manera anticipada, esto es y siguiendo las conclusiones esbozadas por este Despacho, sí es de control directo del supervisor de un contrato la revisión de los requisitos para la ejecución de un contrato, como lo son las pólizas y la expedición oportuna del registro presupuestal. Además, mediante memorando interno N° 02829 del 6 de julio de 2016 se le asignó al señor ALEJANDRO CASTRO DAVILA la supervisión del mencionado contrato, teniendo ya la función expresamente asignada, con mayor razón le correspondía revisar de manera diligente la expedición del registro presupuestal.

Ahora bien, la defensora del investigado se apoya en lo manifestado por el señor LUIS ARBEY TORRES MIRA, cuando expresa que, en los contratos de compraventa, la ejecución de estos contratos está ligada a la entrega del bien contratado o comprado, asunto diferente con los contratos de tracto sucesivo, pues en estos su ejecución se da desde el momento en que se hacen exigibles las obligaciones. Sobre el tema del registro presupuestal y el acta de inicio anticipada de un contrato, arguye el testigo los inicios anticipados deben ser firmados por el representante legal de la entidad, y que algunos de esos controles no los tiene el interventor, pero que si debe verificar la existencia de garantías y demás requisitos para la ejecución; además, sugiere que cuando el representante legal firma este inicio anticipado, es porque se supone que hubo una revisión jurídica, técnica y administrativa. Sobre estas palabras, cabe sostener que nos encontramos ante un contrato de suministro e instalación cuya naturaleza es de tracto sucesivo, esto en atención al alcance establecido en el clausulado contractual y a las obligaciones del contratista, así las cosas, se trata de obligaciones que se continúan en el tiempo, hasta que se agote el plazo fijado para su terminación que para el caso es de tres (3) meses. De esa manera, para el Despacho desde que se suscribe el acta de inicio anticipado se da comienzo a la ejecución de las obligaciones de las partes, siendo indispensable contar previamente con los requisitos para su ejecución (garantías y registro presupuestal). Ahora, el testigo señala que, como el acta de inicio anticipado fue suscrita por el representante legal de la entidad, se suponía que contaba con la revisión previa en materia jurídica, técnica y administrativa, pues bien, cabe preguntarse ¿a quién correspondía llevar a cabo el seguimiento de esta revisión?, es claro que dicha función atañe manera expresa al supervisor del

contrato previamente asignado para esos fines.

Por su parte, en el cargo cuarto se le reprocha al investigado el incumplimiento de funciones de supervisión relacionada con varias verificaciones que debió haber realizado, a continuación, se precisan las siguientes presuntas omisiones. En primer lugar, **con respecto al primer pago parcial**, en la factura N° 1007 se cobran dos aspectos: (i) dos sistemas armados e instalados por \$108.742.721, cuando el valor de los elementos entregados de acuerdo al **costo unitario** de la oferta es de \$96.413.404, generando un mayor valor facturado de \$12.329.317; y (ii) la entrega de 10 sistemas armados y recibidos en la planta por \$217.845.442 equivalente a un 40% de avance del contrato, sin relacionar en la factura **el valor unitario y la cantidad de elementos entregados** que acrediten la suma facturada, sin que, además, se cumpliera con la presentación del **informe escrito de las dos islas instaladas** exigido en la invitación, y tampoco se realizara el **acta de recibo a satisfacción** suscrita por el supervisor.

Iniciemos por relacionar que obrante a folio 255 del plenario reposa la factura de venta N° 1007 fechada el 9 de diciembre de 2016 y radicada en el Grupo Epm el **2016/12/15**, en donde se evidencia que por dos (2) sistemas armados e instalados se cobra la suma de \$108.742.721, así como, el cobro de diez (10) sistemas armados y recibidos en planta (correspondiente al 40% de ejecución del contrato) por \$217.485.442, **en ninguno de los dos ítems se encuentra el valor unitario de cada sistema**. Esta información se refuerza con el informe de supervisión o interventoría de contratos elaborado por el investigado, quien reporta en el apartado destinado a la INFORMACION FINANCIERA un valor ejecutado de \$378.424.669.00 en factura N° 1007 del 09/12/2016, quedando en saldo por ejecutar el mismo valor antes descrito.

Sobre el asunto relativo a esta factura, se debe continuar con el argumento dado líneas arriba y para el cual acudimos al testimonio de la señora MARCELA RESTREPO CORREA, y es que dentro del control directo e inmediato del supervisor de un contrato no recae la revisión de la factura como tal que presenta el contratista, pues esta labor corresponde a los funcionarios del centro de servicios compartidos de EPM, quienes procedieron con el pago sin encontrar dificultad alguna acerca de la forma en la cual el proveedor o contratista relacionó los costos, valores y cantidades en su factura. Bajo este presupuesto, es lógico entonces, como se ha venido afirmando en esta providencia, que no se sancione disciplinariamente al supervisor de un contrato por situaciones que están ajenas a su inmediato control y a su real verificación, es por ello, que este hecho se exime del reproche disciplinario que se continúa haciendo al investigado.

Asunto diferente sucede con el acta de recibo a satisfacción suscrita por el supervisor del contrato, hecho que también se reprocha en cuarto cargo. En coherencia con lo que ha venido sosteniendo este Despacho, la elaboración de un acta de recibo a satisfacción corresponde a una función ineludible del supervisor del contrato, cuya expedición resulta fundamental en el proceso de pago de la factura que presentare el contratista. En este punto y con respecto al contrato 040 de 2016, se cuenta con las siguientes disposiciones contractuales relativas a este asunto en particular.

En los términos de la invitación, fechados en diciembre de 2015, se establece que:

“[...] 2.6.2. FORMA DE PAGO. Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., pagará mediante ACTAS PARCIALES al CONTRATISTA el valor correspondiente, una vez se haya recibido a satisfacción por parte del interventor/supervisor asignado al contrato los suministros realizados.” (fl. 242 - CT-040-2016 - CT-040-2016 (1) - pág. 51)

Y en el clausulado propio del contrato, se establece:

“SEXTA. FORMA DE PAGO. Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., pagará mediante ACTAS

PARCIALES al CONTRATISTA el valor correspondiente, una vez se haya recibido a satisfacción por parte del interventor/supervisor asignado al contrato los suministros realizados. [...] El CONTRATISTA deberá presentar su factura de venta a pedido, la cual será aceptada por el interventor asignado al contrato, a la que se deberá adjuntar: a) acta de recibo a satisfacción de la obra ejecutada, b) a cada pago parcial deberá adjuntarse registro fotográfico de la construcción realizada. C) Las autoliquidaciones [...]" (fl. 242 - CT-040-2016 - CT-040-2016 (3) - pág. 10).

Tal y como se explicó anteriormente, es claro que el recibido de los bienes a satisfacción por parte del supervisor de un contrato, constituye elemento indispensable para el pago de la factura N° 1007. Recordemos que según la Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 o Manual Práctico de Interventoría, este recibo a satisfacción consiste en: “[...] El recibo y aceptación de los bienes y servicios contratados se realizará de conformidad con las especificaciones y características estipuladas en el contrato, y dentro de los términos allí señalados.” (fl. 53). Por el contrario, se reitera lo expresado en el auto del 17 de septiembre de 2020 con respecto a que este Despacho no encontró, ni en el CD obrante a folio 267 ni en el que reposa a folio 242, el ACTA DE RECIBO PARCIAL A ENTERA SATISFACCIÓN, ni de las dos islas instaladas ni de los 10 sistemas entregados en planta relacionados en la factura N° 1007; se evidencia el informe de supervisión o interventoría de contratos junto con las evaluaciones periódicas de contratistas y proveedores del periodo 07/10/2016 – 15/03/2017 y el 18/09/2017, mas no el acta en mención.

Sobre el particular indicó la defensa que dicha acta de recibido parcial a satisfacción se entiende dada con el acuse de recibido del informe del contratista fechado el 12 de diciembre de 2016 y que se acompaña de sendas fotografías del proceso de instalación de los equipos soterrados y de la certificación y planilla de pago al Sistema de Seguridad Social. Este argumento no justifica el incumplimiento de sus deberes del señor CASTRO DÁVILA al no elaborar el acta de recibo a satisfacción parcial de los bienes que se cobraren en la factura citada, quien sí tenía dentro de esfera de control y manejo la elaboración de estas actas para proceder con los pagos de las facturas presentadas. Tampoco resulta de recibo para este Despacho el argumento consistente en que dicho funcionario, debido a su alta carga laboral, olvidó la elaboración de dicha acta; pues bien, siendo el recibo a satisfacción un elemento indispensable de seguimiento a los bienes que se van entregando, suministrando e instalando, el estado en el que se reciben los mismos y la incidencia de esta información para el pago de las facturas al contratista, la carga laboral no exime de responsabilidad al servidor, a lo sumo y cómo se verá, será un aspecto tenido en cuenta en el apartado destinado al análisis de culpabilidad. Por el momento, concluye el despacho que es procedente endilgarle responsabilidad al señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA por no verificar que la factura N° 1007 estuviera acompañada del acta de recibo parcial de los bienes.

Por su parte, acerca del hecho consistente en que el señor CASTRO DÁVILA no verificó la presentación del informe escrito de las dos islas instaladas cuando el contratista presenta la factura N° 1007 para su pago, es pertinente aclarar que, la necesidad de la presentación de este informe no se hace con base en la cláusula sexta destinada a la forma de pago del contrato, pues es evidente que según esta cláusula contractual, para proceder con el pago de una factura es indispensable el registro fotográfico pertinente, el cual se cumple. Lo que reprocha este Despacho es la falta de cumplimiento del contratista CB INGENIEROS de una obligación plasmada como a continuación se transcribe, y el consecuente incumplimiento del deber del supervisor de exigir su cumplimiento. En el clausulado contractual se especifica:

“[...] TERCERA: Obligaciones del contratista. Las establecidas en el numeral 2.3. de los términos de invitación y las propias de la clase de contrato a celebrar, las demás que se infieran de los términos de invitación, sus escritos modificatorios y las del presente contrato.” (pág. 9)

A su vez, los términos de la invitación contemplan que:

“[...] 2.3. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA:

19. se presentará de cada isla instalada, un informe en forma escrita y magnética, acompañado de un registro fotográfico, hojas numeradas, fecha y visado por el interventor.” (pág. 48)

Sobre este asunto, tenemos que reposa en el plenario el siguiente testimonio que permite ampliar las circunstancias de tiempo, modo y lugar acerca de la forma cómo se cumplió con esta obligación:

- **JUAN MANUEL ESCALLÓN ARANGO:** *“[...] para la presentación de facturas entiendo que se debía emitir un informe de avance acompañado de un registro fotográfico, pues se presentaba la factura y adicional a la factura se debían presentar los certificados de pago de aportes parafiscales y de salarios al personal que debía venir firmados por el revisor fiscal, si no estoy mal, es decir que se presentaba informe, certificado del revisor fiscal y la factura. PREGUNTADO: Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de una obligación del contratista, esto es CB INGENIEROS, relacionada con presentar un informe escrito de las dos islas instaladas a EMVARIAS, de ser afirmativa su respuesta, indíqueme al despacho si presentaron dicho informe. CONTESTÓ: si mal no recuerdo si se presentó. PREGUNTADO: Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho con relación a la respuesta anterior, si el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA en algún momento le solicitó dicho informe, de ser afirmativa su respuesta, bajo qué medio se lo requirió y cual fue finalmente la respuesta dada por CB INGENIEROS o si simplemente ustedes presentaron el informe adjunto a la factura. CONTESTÓ: el señor ALEJANDRO si requirió el informe, lo hizo tanto telefónicamente como por correo electrónico y se remitió el informe por correo electrónico si mal no recuerdo. Ese informe era requisito para el pago, entonces era necesario presentarlo.” (fl. 394).*

En suma, para este Despacho, las fotografías relacionadas en la factura N° 1007 permiten dar por cumplido el requisito relativo a la forma de pago según la cláusula sexta del contrato en cuestión, mas no, dan por cumplida la obligación del contratista en los términos en los que se transcribió ésta unos párrafos antes. De esta forma, también se continúa el reproche disciplinario con respecto a la supervisión precaria por parte del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA al dar por cumplida una obligación del contratista como completa, aún cuando esta se hizo de manera parcial, pues es claro para esta Coordinación que dicho informe escrito no fue ni presentado por el contratista ni requerido por el supervisor del contrato, pues se dio por cumplido el mismo con la presentación de fotografías, las cuales atendían a otra situación (el pago) diferente a la de la presentación de dicho informe (obligaciones del contratista). Reste por estudiar dos hechos más, que pasó por alto el señor CASTRO DÁVILA, en el ejercicio de la función de supervisión del contrato que se estudia, estos son la omisión del cumplimiento del contratista de dos obligaciones: la elaboración de pruebas de campo de los equipos instalados y la entrega del cronograma. Para ello analicemos los siguientes testimonios recibidos por el Despacho y solicitados por la defensa en su escrito de descargos:

- **IVAN DARIO GIRALDO GALLO:** *“[...] PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho si para la instalación de los contenedores soterrados se requería ejecutar obras civiles, y en caso afirmativo a cargo de qué entidad estaba dicha responsabilidad. CONTESTO: En el proyecto Paseo Bolívar cuyo responsable era la Secretaría de Infraestructura, en los planos que me entregaron estaba proyectado la ejecución de las obras civiles que permitieran la instalación de contenedores soterrados, obra civil que consiste en hacer las demoliciones, excavaciones profundas y muros de contención donde se alojaría el sistema de contenedor soterrado. PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho si durante la ejecución de la obra civil a que usted hace alusión, se diseñó algún cronograma de actividades y en caso afirmativo, si dicho cronograma se cumplió puntualmente. CONTESTO: Para el proyecto Paseo Bolívar se elaboró un cronograma de actividades, el cronograma de Paseo Bolívar tuvo múltiples variaciones a raíz de las dificultades que se presentaron con los usuarios, los comerciantes y las asociaciones de comerciantes del sector,*

obligando a trabajar por etapas y por tramos discontinuos en lo que es el proyecto Paseo Bolívar. Fue necesario concertar con la comunidad las zonas a intervenir con jornadas especiales y de manera discontinua, por lo cual no era posible cumplir el cronograma inicial para la ejecución del proyecto Paseo Bolívar, además surgieron restricciones adicionales a la ejecución por dificultades con la movilidad del sector. PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, de acuerdo con su respuesta anterior, donde usted afirma que el cronograma se alteró por las dificultades que surgieron por la ejecución del contrato de obra civil, usted sabe si el contratista de los contenedores soterrados podía elaborar un cronograma de actividades teniendo en cuenta el cronograma diseñado para la obra civil. CONTESTO: No era posible para un contratista externo, el contratista de los contenedores, elaborar un cronograma, porque él dependería totalmente del avance de la ejecución de las obras civiles en el proyecto Paseo Bolívar. En el proyecto Paseo Bolívar se inició la ejecución de las excavaciones en los puntos indicados en los planos entregados por la Secretaría de Infraestructura Física – SIF. Algunas excavaciones que se iniciaron, fue necesario abortarlas toda vez que en el avance de la excavación se encontraron impedimentos para continuar como por ejemplo, redes de acueducto y alcantarillado no identificadas en los planos, redes de energía de media tensión, y vestigios de hallazgos arqueológicos, estos últimos obligan a suspender la actividad, que el arqueólogo haga el análisis del posible hallazgo y defina si se continúa o se aborta. Trámite que puede demorar entre quince y treinta días y esperar a que de parte del municipio de Medellín, SIF en caso de que se aborte la excavación, defina un nuevo punto de ubicación del soterrado.” (fl. 348).

- **WALTER DARIO OSPINA ZAPATA:** *“PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, si para la instalación de los contenedores soterrados usted tuvo alguna intervención en la ejecución de obras civiles contratadas con la secretaria de infraestructura del municipio de Medellín. CONTESTO: Sí hacíamos la obra civil, la secretaria de infraestructura de Medellín nos entrega los diseños y planos en el convenio que teníamos y la localización, y nosotros hacíamos la excavación, la nivelación, colocación de acero de refuerzo, los concretos, los muros y esa obra civil era la que entregábamos PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, para qué era esa obra civil. CONTESTO: para los contenedores. La secretaria de infraestructura nos entregaba los planos y los diseños, y como le digo, la actividad de nosotros era la excavación, nivelación, impermeabilización y hasta ahí se yo. PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, informe si durante la ejecución de esa obra civil para instalar los contenedores soterrados tuvo algún inconveniente, si ejecutó dentro del plazo, lo que le conste de la ejecución de ese contrato de obra civil. CONTESTO: al localizar los soterrados nos encontrábamos interferencias de redes que se presentan en centro de Medellín, todo tipo de redes: acueducto, alcantarillado, gas, energía, redes subterráneas, hallazgos arqueológicos que a veces nos obligaban a no empezar en ese sitio o hacer algunas variaciones porque las redes no permitían hacer esto o por los posibles hallazgos arqueológico [...]” (fl. 350).*
- **MAURICIO FACIOLINCE:** *“Como le contaba ahora, yo he conocido el proceso mucho después del desarrollo del mismo, pero conocemos por ser parte de la empresa del desarrollo de este proceso. En cuanto a uno de los puntos que son las pruebas técnicas de ese recibo incluso nosotros podríamos aportar un documento certificando que se realizaron esas pruebas en conjunto con el personal de España que estuvo acá desarrollando ese proceso, si la defensa considera y si el proceso lo considera nosotros podríamos dar una certificación por parte de la compañía en ese sentido, de las personas que estuvieron acá en el proceso de las pruebas técnicas y del desarrollo que se hizo acá dentro del proceso. Adicionalmente, entendemos que el proceso de suministro que nos correspondía a nosotros se cumplió a cabalidad, pero también entendimos que había una serie de problemas frente a localización de estos equipos producto de redes públicas y de algunos hallazgos en esos puntos que tuvieron que ser modificados y que dependía no de Emvarias sino del municipio de Medellín que era el que estaba desarrollando el proceso de localización de los equipos soterrados entonces en ese sentido consideramos que el proceso de suministro se llevó a cabalidad y los problemas que ha tenido Emvarias para instalar esos equipos dependen del proceso de la alcaldía y no solamente de la responsabilidad de Empresas Varias. [...] PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, técnicamente para uno instalar el equipo, la instalación de equipo como tal de soterrado, hay que hacer excavación, este equipo necesita instalarse o con un camión, ¿es cierto esto, que necesite levantarse que lo ayude a levantarse?. CONTESTO: así es, el equipo no se puede levantar*

solo, es un equipo pesado, metálico, con buzones, y es pesado, y necesita de una bomba hidráulica para poder ser levantado y poder así desarrollar el proceso de instalación. PREGUNTADO: bajo la gravedad de juramento, indíqueme al Despacho, en relación con la pregunta anterior, Se podría aceptar que la misma instalación corresponde a la prueba de campo, porque el equipo está funcionando cuando se instala. CONTESTÓ: obviamente cuando el equipo se instala y desarrolla el proceso de instalación, se desarrolla una prueba para verificar que el equipo suba y baje, suba y baje, y para verificar la estanquidad del equipo, para que no le entre agua, en la medida en que el peso del equipo se coloca sobre la cera y eso hace que el equipo sea estanco, o sea que no le entra agua; entonces esas pruebas de campos se desarrollan en el equipo instalado para poder subirlo y bajarlo, para hacer la prueba de que el equipo hidráulico esté funcionando y al mismo tiempo se esté generando la estanquidad necesaria [...]” (fl. 353-354)

- **JUAN MANUEL ESCALLÓN ARANGO:** “[...] PREGUNTADO: Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de una obligación del contratista consistente en realizar las pruebas de campo de los equipos instalados, de ser afirmativa su respuesta, indique si dichas pruebas fueron realizadas por CB INGENIEROS y si hubo algún funcionario de Empresas Varias de Medellín presente. CONTESTÓ: lo que recuerdo es que durante la instalación de los equipos siempre estuvo el ingeniero FARLEY ANGEE y pues digamos para poder instalar los equipos y para verificar su funcionamiento pues era necesario probar los sistemas, para eso se contaba con una planta hidráulica que hacía las veces de motor para el sistema, y durante todo el proceso de instalación se hicieron las pruebas, posteriormente ya cuando los equipos estaban funcionando, recuerdo que hubo un evento donde asistió el alcalde de Medellín, se llevó por parte de Emvarias uno de los camiones recolectores y se hizo una demostración del funcionamiento del equipo, antes de su entrada en funcionamiento. [...] respecto al cronograma, con las reuniones que estuvieron con Emvarias y conversaciones resultó que, como las obras civiles estaban a cargo de la alcaldía y del municipio, era imposible para nosotros haber hecho el cronograma de entrega, lo único que pudimos hacer fue comprometernos lo que con la fecha del suministro de los equipos en la planta de Emvarias, como ocurrió. Finalmente, al estar sujetos la obras que hacía al municipio, estábamos amarrados al cronograma de obras del municipio. PREGUNTADO: Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA en algún momento le solicitó la presentación de los cronogramas de trabajo, de ser afirmativa su respuesta, bajo qué medio se lo requirió y cual fue finalmente la respuesta dada por CB INGENIEROS. CONTESTÓ: Se llegó a un acuerdo por lo que el cronograma dependía de la alcaldía, ni que el señor Alejandro lo exigiera ni que nosotros tampoco nos comprometiéramos con un cronograma y unas fechas porque estaba el riesgo asociado a un tercero que en este caso era la alcaldía del municipio de Medellín.” (fl. 395)

Según los testimonios mencionados, y dado que los mismos son responsivos y se complementan entre sí, considera este Despacho que la presentación de la prueba de campo por parte del contratista bien puede darse por cumplida, más cuando uno de los testigos soporta su declaración con el certificado emitido por el señor MAURICIO FACIOLINCE PRADA, fechado del 23 de febrero de 2021, en el cual se consigna: “[...] cabe resaltar que, finalizado el proceso de instalación de los Equipos Soterrados, se realizaron las respectivas pruebas técnicas en donde el funcionamiento de estos se dio a cabalidad.” (fl. 417). En este orden de ideas, no considera adecuado reprocharle disciplinariamente al señor CASTRO DÁVILA incumplimiento de sus funciones de supervisión respecto de hecho en particular. Así como tampoco frente a la ausencia de presentación de un cronograma de actividades, pues es claro para el Despacho que, según los testimonios, se presentaron retrasos en las obras civiles adelantadas por la Alcaldía de Medellín, hechos que fueron debidamente consignado por el supervisor del contrato en los siguientes documentos que hacen parte del expediente contractual, Justificación para adición, prórroga u otrosí a los contratos u órdenes de servicio, del 17/03/2017: “se requiere realizar una segunda prórroga al contrato debido a que la obra civil en la zona de instalación de los contenedores sufrió retrasos ya que sufrieron cambios en los diseños de arquitectura y urbanismo, la cual corresponde a la Alcaldía de Medellín y Empresas Públicas (se anexa cronograma municipal) se encuentra atrasada por varios motivos ajenos a Emvarias, y sin esta, es imposible proceder a la instalación [...]” (pág. 27).

- Justificación para adición, prórroga u otrosí a los contratos u órdenes de servicio, del 15/09/2017: “[...] se requiere realizar una tercera prórroga al contrato debido a que a que la obra civil en la zona de instalación de los contenedores sigue atrasada por parte de la Alcaldía de Medellín. Por lo anterior, Emvarias no puede proceder a la instalación [...]” (pág. 43).

Pese a que dicho cronograma de actividades no se presentó por parte del contratista CB INGENIEROS, de la lectura armónica de los testimonios y los elementos contractuales antes expuestos, es posible inferir que se hizo un seguimiento con respecto a esta obligación del contratista, motivo por el cual este Despacho le da la razón al investigado cuando en su versión libre y espontánea refiere que: “[...] Para el contratista era imposible cumplir con un cronograma de actividades, ya que como se indicó, se requería la entrega de la obra civil para poder instalar los contenedores, hechos que eran única y exclusivamente responsabilidad del Municipio de Medellín que a través de EPM realizaba la ejecución de dicha obra y que por los imprevistos surgidos durante la misma, no era posible determinar cuándo se podía realizar la instalación de los equipos, es decir, al no tener un cronograma exacto por parte del Municipio de Medellín, se hacía imposible diseñar el cronograma para los soterrados pues éste dependía de aquel.” (fl. 361). Además de que este Despacho logra evidenciar la diligencia y el cuidado mínimo que tiene que tener un funcionario en el manejo de sus funciones con respecto al seguimiento del cumplimiento de esta obligación puntual del contratista, motivo por el cual este hecho se excluye también del reproche disciplinario que sigue para el señor CASTRO DÁVILA.

En suma, de los hechos imputados como incumplimiento de funciones por parte del señor ALEJANDRO CASTRO DAVILA reprochados en el cargo cuarto, se mantiene este Despacho en dos hechos puntuales: ausencia de recibido a satisfacción parcial de los bienes cobrados en la factura N° 1007 y ausencia del informe de las dos islas instaladas, el cual no se entiende cumplido con la presentación de las fotografías ya mencionadas, los demás se entienden por desvirtuados conforme se ha venido relatando.

6.3. Análisis de la tipicidad.

Con respecto a los cargos que no se lograron desvirtuar, esto es, el SEGUNDO, TERCERO y CUARTO, que, fueren formulados en auto del 17 de septiembre de 2020, se indicó que con apoyo en lo que dispone el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, una falta disciplinaria se entiende como:

“La incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

De esa forma, para concluir que con una actuación se incurre en una falta disciplinaria, es imperioso que la misma se traduzca en el incumplimiento de los deberes, en la extralimitación en el ejercicio de las funciones, en la realización de comportamientos prohibidos o en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, sin que para ello medie una causal de exclusión de responsabilidad de las que prescribe el artículo 28 de la misma normativa.

Tal es la base con arreglo a la cual el Despacho considera que el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA con su actuar, lesionó las siguientes disposiciones:

SOBRE EL CARGO SEGUNDO:

1. LEY 734 DE 2002.

Artículo 35. Numeral 1: “Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. [...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“**Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

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

3. Decreto 4836 de 2011:

Artículo 10. Modifícase el artículo 13 del Decreto 115 de 1996, el cual quedará así:

"Artículo 13. El presupuesto de gastos comprende las apropiaciones para gastos de funcionamiento, gastos de operación comercial, servicio de la deuda y gastos de inversión que se causen durante la vigencia fiscal respectiva.

La causación del gasto debe contar con la apropiación presupuestal correspondiente.

Los compromisos y obligaciones pendientes de pago a 31 de diciembre, deberán incluirse en el presupuesto del año siguiente como una cuenta por pagar y su pago deberá realizarse en dicha vigencia fiscal". (Subrayas del despacho)

4. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“Aspecto Financiero.

Objetivo: Verificar la legalidad financiera, de todos los requisitos necesarios desde el inicio del contrato, hasta la liquidación del mismo, de modo que permita realizar un seguimiento económico de todas las transacciones involucradas.

[...]

Funciones: [...]

Funciones	Medios de verificación
Rendir informe escrito sobre el comportamiento financiero del contrato	[...] Facturas o cuentas por cobrar [...]

[...]

5. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 7. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.”

Las normas antes descritas resultan infringidas pues el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA debió advertir o informar acerca de la vigencia en la cual se recibirían los bienes objeto del contrato en estudio, pues los mismos se recibieron en la vigencia siguiente (2016) a la de la suscripción de este (2015), debiendo alertar por cualquier medio a la Empresa acerca de esta situación, sin embargo, el investigado omitió esta labor configurándose la falta disciplinaria descrita en el segundo cargo. Las actividades antes planteadas, están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, se pasó por alto el hecho de suscribir acta de recibo de los bienes en la vigencia 2015 para que la factura N° 2480. Estas funciones de supervisión que fueron asignadas al investigado de manera general en su Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando 10/12/2015 obrante a folio 85 del archivo en pdf denominado 3 del Cd que se ubica folio 113 del expediente disciplinario, disposiciones que también resultan trasgredidas, estableciendo una afectación al numeral 1 del artículo 35 de la ley 734 de 2002.

SOBRE EL CARGO TERCERO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: *“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

*1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, **los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.*

[...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

*“Artículo 84. **facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

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

3. Resolución 024 del 04 de septiembre de 2015, “por medio de la cual se expiden los lineamientos asociados a la contratación de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P EMVARIAS”

“Artículo 25. Iniciación de la ejecución del contrato. Para la iniciación del contrato, deberán estar aprobados los documentos requeridos para su formalización. En casos especiales debidamente justificados y previa valoración del riesgo y autorización del servidor competente, se podrá iniciar anticipadamente la ejecución del contrato, contando con el respectivo registro presupuestal. [...]”

4. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“Aspecto Financiero.

Objetivo: Verificar la legalidad financiera, de todos los requisitos necesarios desde el inicio del contrato, hasta la liquidación del mismo, de modo que permita realizar un seguimiento económico de todas las transacciones involucradas.

[...]

Funciones: [...]

Funciones	Medios de verificación
Rendir informe escrito sobre el comportamiento financiero del contrato	[...] Facturas o cuentas por cobrar [...]
Velar porque se efectúe una adecuada programación financiera del contrato	[...] Contrato [...]

[...]”

5. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 7. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.”

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA cuando este omite dar cumplimiento a las funciones de supervisor establecidas en el artículo 84 de la ley 1474 de 2011, pues el investigado no debió haber suscrito acta de inicio anticipado al contrato sin contar con el registro presupuestal respectivo, desconociendo así el artículo 25 de la resolución 024 de 2015, el aspecto financiero contemplado en el manual práctico de interventoría o resolución 409 de 2003 y el numeral 5.3 de la invitación del contrato 040-2016, el cual nos dice que se podrá iniciar anticipadamente la ejecución del contrato, contando con el respectivo registro presupuestal. Las actividades antes planteadas, están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. Sobre el particular, se omitió el cumplimiento de lo plasmado en las disposiciones descritas, además, de desconocer con su actuación las funciones de supervisión fueron asignadas al investigado de manera general en el Manual de responsabilidades, resultados y perfiles del investigado, y de forma particular en el memorando interno del 06/07/2016 obrante a folio 138 del archivo en PDF denominado CT-040-2016 (3) del CD que reposa a folio 242 del presente proceso y en la cláusula décimo cuarta del contrato 040 de 2016, disposiciones que también resultan

trasgredidas, estableciendo una afectación al numeral 1 del artículo 34 y al numeral 1 del artículo 35 de la ley 734 de 2002.

SOBRE EL CUARTO CARGO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: *“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores. *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

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

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“ [...]

Aspecto legal.

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones.

[...]

- *Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales”*

4. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 7. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.”

Con respecto a la ausencia del informe de instalación de las dos islas, es claro para el Despacho que el pago parcial de esta factura se hizo sin que se cumpliera a cabalidad con las cláusulas contractuales, esto es, la tercera puntualmente la presentación de un informe escrito en los términos del numeral 19 del apartado 2.3. acerca de las obligaciones del contratista estipuladas en la invitación del mencionado contrato, y a cuya remisión expresa hace la cláusula tercera del

contrato N° 040 de 2016. Por otra parte, también se desconoce la cláusula sexta del contrato 040 de 2016, el numeral 2.6.2 de la invitación del citado contrato y el numeral 17 de los aspectos técnicos y administrativos estipulados en el manual práctico de interventoría, cuando el supervisor omite la expedición del acta de recibo parcial a entera satisfacción de los bienes cobrados en la factura N° 1007, obligación también proscrita en la legislación nacional tal y cómo quedó en párrafos arriba. Omisiones que permiten concluir que no se hizo cumplir las cláusulas contractuales antes mencionadas por quien estaba obligado a hacerlo. Cabe anotar que, las funciones de supervisión fueron asignadas al investigado de manera general en el Manual de responsabilidades, resultados y perfiles del investigado, y de forma particular en el memorando interno del 06/07/2016 obrante a folio 138 del archivo en PDF denominado CT-040-2016 (3) del CD que reposa a folio 242 del presente proceso y en la cláusula décimo cuarta del contrato 040 de 2016, disposiciones que también resultan trasgredidas, estableciendo una afectación al numeral 1 del artículo 35 de la ley 734 de 2002.

6.4. Análisis de la ilicitud sustancial.

El derecho disciplinario comprende el conjunto de disposiciones de carácter sustancial y procesal con apoyo en las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con el propósito de asegurar el correcto funcionamiento y la correcta prestación de los diferentes servicios a su cargo. Para tales fines, dicha normativa establece la denominada *potestad sancionadora del Estado*; institución que se refiere a la competencia que tiene el Estado, en cabeza de los órganos a los que faculta para el ejercicio de la acción disciplinaria, para imponer sanciones disciplinarias y correctivas:

“Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador”³.

Para el ejercicio de dicha potestad, concretada en la acción disciplinaria, se ha hecho especial énfasis en el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que: *“El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”⁴*. Lo anterior, por cuanto el derecho disciplinario se encuentra en la órbita de las funciones propias de los servidores públicos, de manera que el *quebrantamiento del deber funcional* es estructural para definir y delimitar el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que es a su tenor que el operador disciplinario analiza la afectación del deber funcional, en aras de determinar la antijuridicidad de la conducta. Esto, leído bajo los lineamientos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 implica que una falta es antijurídica cuando *“(…) afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

Sobre ello, se ha enfatizado en que no se trata de la mera infracción a un deber cualquiera, puesto que ello significaría que la ley disciplinaria es un instrumento ciego de obediencia; sino que con el comportamiento desplegado debe generarse una lesión o una puesta en peligro del deber funcional cuestionado, para que la conducta ejecutada sea objeto de reproche disciplinario⁵. Lo anterior será

³ Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 96. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-041 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería y C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En particular, en la última se precisa: *“(…) la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional. En otras palabras, solo podrá adscribirse*

analizado de forma transversal en relación con los cuatro cargos formulados contra el servidor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, pues ellos recaen sobre la fase de ejecución de los contratos citados y menoscaban las funciones asignadas con ocasión de la supervisión de dichos contratos, así pues, es posible predicar la ilicitud sustancial de las conductas desplegadas por el servidor CASTRO DÁVILA, y, por tanto, concluir que las misma lesionan los deberes funcionales intrínsecos de la actividad de supervisión de un contrato, al tiempo que transgreden principios propios de la función administrativa, últimos que rigen su actuar.

Corolario de lo dicho, la afectación al deber que se reprocha disciplinariamente en esta oportunidad relacionada con una vulneración al principio administrativo de moralidad administrativa, el cual está consagrado en el artículo 209 de la Carta Política colombiana⁶. Dada la importancia de estos principios que orientan la función pública, se estipula en el artículo 4 de la Resolución N° 01 del 15 de marzo de 2010, por la cual se modifica el estatuto interno de contratación de Empresas Varias de Medellín E.S.P (fl. 60 a 66), lo siguiente:

"[...] Artículo 4. Principios que rigen la contratación. El proceso de contratación de la Empresa se regirá por los principios de Eficiencia, Eficacia, Moralidad, Imparcialidad, Celeridad, Economía y Publicidad; en general, por los principios consagrados en los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política."

Tal y como se explicó en sede de formulación de cargos, centraremos la atención en el principio de moralidad administrativa, el cual es comprendido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 643 de 2012 en los siguientes términos:

"[...] hace referencia el constituyente es la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad."

Al referirse al principio de la moralidad en la actividad administrativa, esta Corporación ha sostenido que la misma no corresponde al fuero interno de los servidores, sino a su relación con el ordenamiento jurídico a partir del cual se esperan por la sociedad una serie de comportamientos. En la sentencia C-046 de 1994[13], así lo explicó:

"[...] el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. [...]"

Dado que al supervisor de un contrato le están dadas funciones y labores específicas con respecto al control del mismo, se espera que éste actúe conforme a las disposiciones contractuales (términos de invitación y contrato) y a las normas que regulan la función de supervisión tanto nacional (leyes) como las internas (resolución 409 de 2003 y resolución 024 de 2015), su inobservancia acarrea cuestionamientos acerca de su relación con el ordenamiento jurídico que regula los asuntos referidos a la supervisión de un contrato; afectando, en consecuencia, uno de los principios fundamentales en la contratación estatal, esto es, el principio de responsabilidad, entendido bajo los lineamientos interpretativos de la ley 80 de 1993, que si bien no aplica, en su integridad a

responsabilidad disciplinaria al servidor público cuando se demuestre, de manera fehaciente, que la acción u omisión afectó el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la ley.

"(...)

"[e]n el derecho disciplinario, el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, en el desenvolvimiento de actos funcionales sin estricto apego al principio de legalidad que regula sus actos" (subrayas y cursivas originales).

⁶ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P, si son sus principios aplicables a la actividad contractual de las entidades estatales, así : *“Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”* (Subrayas propias). Este asunto fue desarrollado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio del 3 de diciembre de 2007, rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715):

“Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.” (Subrayas nuestras)

En suma, el funcionario designado a tomar la supervisión del contrato público no decide sobre el contrato que se lleva a cabo, pero tiene injerencia en las diferentes acciones que se realicen sobre el contrato celebrado, en tanto que está llamado a rendir informes, conceptos, avances, presentándole el estado del contrato el ordenador del gasto y las directivas de la entidad pública (Solano, 2000)⁷. En este orden de ideas, con las conductas reprochadas al señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA se configura en una afectación al deber funcional sin justificación alguna, pues dicho servidor tenía bajo su control inmediato y directo la elaboración de las actas de recibo total (segundo cargo) y parcial (cuarto cargo) de los bienes objeto de suministro, era además, como supervisor asignado, el encargado de revisar si se cumplían o no los requisitos indispensables para suscribir acta de inicio anticipado, esto es, los requisitos para la ejecución del contrato 040 de 2016. Dicho incumplimiento de funciones no encuentra justificación alguna en su carga laboral, asunto que permite concluir al despacho, como se verá, que no confluyen los elementos del dolo y que conllevan a inferir que en el desarrollo de estos incumplimientos se actuó con falta de diligencia, más no constituye elemento suficiente para justificar la afectación del deber funcional.

6.5. Análisis de la culpabilidad

La culpabilidad recoge el elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a la intencionalidad en la actuación del presunto autor del hecho investigado, de cara a la afectación de su deber funcional. En otras palabras, el criterio para determinar la culpabilidad radica en que el sujeto, obligado a actuar conforme a derecho, y con la plena capacidad para hacerlo, se comporta de una manera irregular. Este elemento, que necesariamente debe concurrir para la estructuración de la falta disciplinaria, se encuentra inscrito en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

“[...]

Culpabilidad.

Art. 13 -En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. [...]”

Esto implica que en materia disciplinaria el elemento de la culpabilidad se califica de dos maneras, *dolo* y *culpa*. Sobre este asunto en especial, la Corte Constitucional en sentencias C-181 de 2002, ha señalado que:

“[...] la circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las

⁷ SOLANO SIERRA, Jorge Enrique. (2000). Procedimiento contractual estatal aplicado. Bogotá D.C. Doctrina y Ley Ltda.

infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles. Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.”

Continúa la Corte Constitucional indicando que existen dos sistemas para la calificar las faltas, *numerus apertus* y *números cerrados* o *clausus*, el primero, acogido por el derecho disciplinario y según el cual:

“[...] lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan.

Aunque por obvias razones la intención positiva de menoscabar el orden jurídico –el dolo– genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen.

*Es en estas condiciones que se reconoce que la regla aplicable al derecho sancionatorio de los servidores estatales es la del *numerus apertus*. Ya que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento.”*

Así las cosas, se considera que una conducta es *dolosa* cuando se requiere que en su ejecución concurren dos elementos: *“uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*⁸. Dicho de otro modo, esto significa *“(…) que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”*⁹. A lo que la Corte Constitucional agrega:

“Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario,

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de febrero de 2014, Radicado 36.312. M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁹ Sentencia T-319A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte se apoya la *“(…) doctrina reiterada de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, según consta en el fallo disciplinario de segunda instancia de Radicado 049-7324-08”*.

al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

“Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes”¹⁰.

Ahora, para que una conducta encaje en la segunda forma de culpabilidad, la *culpa*, se requiere, contrario a lo expuesto en materia de dolo, que el resultado final de la acción no sea el *deseado* por el sujeto, sino que se presente como consecuencia de alguna de las situaciones que detalla el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es, que se incurra en el comportamiento disciplinable por *“ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento”*, como lo demanda la culpa gravísima; o que se concrete la presunta falta por *“inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”*, presupuesto exigido para la culpa grave.

el Despacho no logró vislumbrar en la actuación disciplinaria surtida en disfavor del servidor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA que su conducta se encontrase enmarcada en alguna causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, ni que la misma actuó bajo los postulados del dolo, antes bien, obran en el plenario elementos que dirigen la conclusión del Despacho a que el servidor inobservó los deberes que el eran propios, en calidad del supervisor de los contratos 140 de 2015 y 040 de 2016, por lo que tal conducta concluye inevitablemente a afirmar que respecto de los cargos imputados actuó con **CULPA**, la cual se define a partir de las nociones que sobre la misma recoge la normativa civil. En particular, se resalta lo que consagra el artículo 63 del Código Civil, que la distingue en tres modalidades -leve, grave y gravísima- y que la Corte Constitucional sintetiza así:

“Desde una perspectiva distinta pero complementaria a la anterior, la culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en el marco del artículo 90 Superior la culpa grave llegue a materializarse por virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público”¹¹.

Sobre el tema, del cual existe amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial se extracta, por su pertinencia, el siguiente aparte de pronunciamiento emitido por la Procuraduría General de la Nación, en relación con la definición y alcances de la culpa en materia disciplinaria:

“El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 consagra: «En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa».

¹⁰ Sentencia T-318A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Para esta idea, la Corte Cita: Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

¹¹ Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

También la Corte Constitucional en Sentencia C – 187 de 1998¹² ha indicado que «el derecho disciplinario es una modalidad del derecho administrativo sancionatorio, por lo que los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandis en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de cada persona investigada se realiza en aras del respecto a los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionatoria.

Bajo ese entendido, la Corte ha aceptado el sistema de «numerus apertus en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa – como si lo hace la ley penal -, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan las expresiones tales como a sabiendas, de mala fe, con la intención de etc. Por tal razón el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, el bien tutelado o del significado de la prohibición»¹³

La Corte Suprema de Justicia ha definido la culpabilidad de la siguiente manera: «Entiéndase por culpabilidad la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de la acción y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión».¹⁴

Así las cosas, en punto del elemento sede de formulación de cargos y en esta instancia de reafirma que las conductas se cometieron con **CULPA GRAVE**, pues se considera que existió una inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, como lo indica el parágrafo único del artículo 44 de la Ley 734 de 2002. Dicha modalidad de culpabilidad en materia disciplinaria ha de comprenderse que se produce cuando la persona investigada incurre en la falta por faltar a la diligencia y cuidado que cualquier otro servidor público estando en las mismas condiciones o circunstancias le imprime a sus asuntos, servidor público que estando en las mismas condiciones o circunstancias le imprime a sus asuntos o como asume el ejercicio de sus funciones lo cual, en el caso sub examine, se configura en un incumplimiento de las funciones de supervisión.

Llevado al caso concreto, el Despacho concluye que las conductas que presuntamente ejecutó el servidor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA se deben calificar como **CULPOSAS**. Para sustentar esta afirmación es menester remitirse al análisis probatorio expuesto en el numeral 6.2. de esta providencia, de donde se desprende que en la conducta desplegada por el investigado con ocasión de las funciones de supervisión de los contratos 2015-140 y 040-2016 pudo caerse fácilmente, al pasar de largo la elaboración del acta de recibo en vigencia posterior a la de suscripción del acta de inicio y del contrato 2015-140 (**SEGUNDO CARGO**). Se considera culposa además porque el investigado no observó cuidado alguno al omitir verificar la existencia del registro presupuestal a la hora de suscribir el acta de inicio anticipada del contrato 040-2016 (**TERCER CARGO**), de igual forma, al no percatarse de elaborar un acta de recibo parcial a entera satisfacción al momento de recibir la factura N° 1007 y dando por cumplido el requisito del numeral 19 del 2.3. de las obligaciones del contratista de los términos de invitación, con las fotografías allegadas por el contratista en su informe del 12 de diciembre de 2016 (**CUARTO CARGO**).

¹² Corte Constitucional Sentencia C – 187 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-155 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Procuraduría Regional del Valle del Cauca. Radicación IUS 2013-360661. Dra. Adriana Patricia Barco Ortiz, Procuradora Regional del Valle del Cauca. Febrero 12 de 2016.

6.6. FUNDAMENTACION DE LA CALIFICACION DE LA FALTA

Para determinar la gravedad o levedad de la falta y la forma de culpabilidad en la que incurrió el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, el Despacho debe partir de lo que dispone el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código”.

Así, partiendo de que la falta cometida corresponde a una de las que consagra este artículo, pues no se encuentra dentro del listado taxativo de faltas gravísimas del artículo 48 de la misma ley, en sede de formulación de cargos fueron expuestos los criterios para concluir que las faltas cometidas por el señor CASTRO DÁVILA es de naturaleza **GRAVE** de la siguiente manera:

1. El grado de culpabilidad: Como se indicó en la providencia del 17 de septiembre de 2020, las conductas que se le endilgan dan cuenta de que el señor CASTRO DÁVILA no supervisó el cumplimiento de las obligaciones del contratista, así como tampoco los requisitos para suscribir acta de inicio anticipado del contrato, ni la suscripción de las actas de recibo total o parcial a satisfacción, por tal razón, para el despacho su conducta es contraria al principio de responsabilidad contractual, según el cual el servidor público tiene la obligación o deber de vigilar la correcta ejecución de lo contratado, y desconoce el principio constitucional de eficacia de la función pública contenido en el artículo 209 de la C.N., sin que se configuraran los elementos del dolo. Por el contrario, se observa una comisión culposa de la conducta que se deduce de las declaraciones juramentadas citadas y que ponen en contexto el hecho de que el señor CASTRO DAVILA tenía varias funciones asignadas implicaban aumento de la carga laboral, estrés y desorden administrativo, pero no constituye causal de eximente de responsabilidad.

2. La naturaleza esencial del servicio y grado de perturbación del mismo: El objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. consiste en prestar el servicio público de aseo, en los componentes de barrido, limpieza y recolección de residuos sólidos urbanos, industriales, comerciales y especiales en áreas públicas, su transporte y su disposición final. En este sentido, la afectación del objeto social de la Entidad no se vio comprometido.

3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución: el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA no ostentaba un cargo que le otorgara jerarquía y mando al interior de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado: Como se indicó en el numeral 2, las conductas aquí investigadas no generan trascendencia social, entendida esta como la percepción que tenga la comunidad usuaria de los servicios de aseo que presta la Empresa acerca del funcionamiento de la entidad, por su parte, el perjuicio causado se denota al interior de la organización, así como hacia aquellas personas naturales o jurídicas que entablan vínculos contractuales y/o comerciales con la Emvarias S.A. E.S.P., en este caso con Áreas Portátiles S.A.S y CB INGENIEROS S.A.S.

5. Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta: Respecto de la falta cometida por ALEJANDRO CASTRO DÁVILA, el Despacho considera que la misma no requiere un cuidado especial

en su preparación; antes bien, en ella puede incurrirse fácilmente, al no revisar a profundidad los documentos exigidos en los instrumentos contractuales y las disposiciones internas de la Empresa. Aunado a lo anterior no puede dejar de mencionarse que, a la fecha de adopción de la presente decisión, no se evidencia que la conducta desplegada por el investigado haya tenido la intención de aprovechar la confianza depositada, obtener beneficio alguno, ni mucho menos causar un perjuicio a la Empresa, así como tampoco que haya sido cometida por el servidor bajo presión o malintencionada inducción en error.

6. Los motivos determinantes del comportamiento: No se observan en la actuación que adelanta el Despacho motivos que determinaran el actuar del investigado; diferentes a los elementos analizados al momento de precisar la forma de culpabilidad a imputar.

7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas sean particulares o servidores públicos. No se observa en la presente actuación la injerencia de otros servidores en la ejecución de la conducta investigada.

8. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave: Este criterio no aplica en el presente caso, habida cuenta de que la falta se ha calificado como GRAVE CULPOSA.

Hecho este análisis, en sede de formulación de cargos se concluyó (y aún en esta instancia se concluye) que la falta disciplinaria es de naturaleza GRAVE, en esta oportunidad procesal debe indicar este Despacho se valoran a favor del investigado los numerales 2, 3, 4, 5 y 7, pero que no deben dejar de desconocerse los numerales 1 y en general, el incumplimiento en el ejercicio de las funciones de supervisión contractual tal y como se analizó en el numeral 6.2., hechos que motivan la gravedad de la comisión de la conducta.

7. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado en esta providencia, la falta que se imputa al servidor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602 se califica como GRAVE CULPOSA, atendiendo a los criterios que dispone el artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Ahora bien, el artículo 44 de la Ley *ibídem* señala las sanciones a las que los servidores públicos están sometidos; siendo pertinente, para el caso que se examina, la que dispone en el numeral dos, a cuyo tenor expresa: *“Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas”* (Subrayas del Despacho). A renglón seguido, el artículo 45 de la misma Ley ofrece una definición de las sanciones de que trata el artículo 44; refiriéndose a la *suspensión e inhabilidad especial* en el numeral dos, en estos términos: *“La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”*.

Adicionalmente, el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 consagra que la sanción consistente en suspensión e inhabilidad especial no puede ser inferior a un mes ni superior a doce meses¹⁵; en tanto el artículo 47 de la misma ley dispone una serie de criterios que debe tener en cuenta el operador disciplinario al momento de graduar la sanción, de los cuales se exponen a continuación los pertinentes para la actuación disciplinaria adelantada y de que es objeto esta providencia, por

¹⁵ Ley 734 de 2002. *“Artículo 46. Límite de las sanciones. (...) La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial”*.

ser los que se deben analizar cuando la sanción consista en la suspensión e inhabilidad especial del servidor:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga: el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA identificado con C.C. 71313602 no fue sancionado ni fiscal ni disciplinariamente en el marco de los cinco años anteriores a la comisión de la falta que se investiga, como consta en la copia del certificado ordinario de antecedentes disciplinarios Nro. 132904414, expedido por la Procuraduría General de la Nación el 30 de agosto de 2019 (fl. 114).

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función: dentro del proceso disciplinario se logró observar que el señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA tuvo un desempeño profesional y positivo en su labor de supervisión, esto se desprende de los testimonios de los señores de MAURICIO FACIOLINCE (fl. 253), JUAN MANUEL ESCALLÓN ARANGO (fl. 394) y FARLEY FERNANDO ANGEE SÁNCHEZ (fl. 399). Así las cosas, este factor debe aplicarse en favor de la disciplinada.

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero: el investigado no ha atribuido responsabilidad sin fundamento a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos: la falta no fue confesada por el servidor¹⁶.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado: No reposa en el plenario prueba alguna que de cuenta del cumplimiento de este criterio.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso: este elemento no aplica en el presente proceso.

g) El grave daño social de la conducta: No se observa afectación alguna relacionada con el cumplimiento del objeto social de EMVARIAS S.A. E.S.P, es decir, no se afectó la prestación del servicio público de aseo. El daño social se refleja al interior de la organización, así como hacia aquellas personas naturales o jurídicas que entablan vínculos contractuales y/o comerciales con la Emvarias S.A. E.S.P., en este caso con Áreas Portátiles S.A.S y CB Ingenieros S.A.S.

h) La afectación a derechos fundamentales: con la conducta del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA no se afectaron derechos fundamentales.

i) El conocimiento de la ilicitud: como se concluyó al examinar el elemento de la culpabilidad, la conducta que se reprocha por parte de del señor ALEJANDRO CASTRO DÁVILA no configura los elementos propios del dolo, antes bien, en ella se logra apreciar el descuido propio de la culpa.

j) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad: el investigado no pertenece al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

Atendiendo a los lineamientos de las disposiciones expuestas y con base en lo que se ha relatado en esta providencia, es claro como los literales A, B, C, H y J favorecen al investigado y deben aplicarse

¹⁶ Aclarando, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que si bien este apartado de la disposición fija un criterio para dosificación de la sanción, no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al disciplinado a declarar contra sí mismo. En ese orden, simplemente se fija un beneficio para la persona que decida hacerlo (Cfr. Sentencia C-280 de 2006. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

como atenuantes de la sanción que debiere imponer este Despacho. Por su parte, los criterios G e I dan cuenta de que el señor CASTRO DÁVILA debió imprimir mayor cuidado en el desarrollo de las funciones de supervisión que se le asignaron con ocasión de los contratos 140 de 2015 y 040 de 2016. De otro lado, debe aplicarse en el caso *sub examine*, lo consagrado en el numeral 2 literal c del artículo 47 de la Ley 734 de 2002

“2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

[...]

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal”

Es por ello que la sanción a imponer al señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602; y quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., **SERÁ LA CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE DOS (02) MESES, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DEL MOMENTO EN EL QUE SE EMITA LA RESOLUCIÓN HACIENDO EFECTIVA LA SANCION POR PARTE DEL GERENTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.**

Por lo anterior, y con fundamento en lo que dispone el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR probados y no desvirtuados los cargos endilgados en esta providencia al servidor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602; y quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Profesional 4 de Innovación y Desarrollo del Área de Gestión Operativa, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la investigación disciplinaria y, especialmente, en el contenido de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER como sanción disciplinaria al señor **ALEJANDRO CASTRO DÁVILA**, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 71.313.602, la consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO POR EL TÉRMINO DE DOS (02) MESES, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DEL MOMENTO EN EL QUE SE EMITA LA RESOLUCIÓN HACIENDO EFECTIVA LA SANCION POR PARTE DEL GERENTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente la anterior decisión al investigado, quien se desempeña como servidor público adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y/o a su defensora, de conformidad con lo que dispone el artículo 101 de la Ley 734 de 2002; informándoles a él y a su defensor que contra la misma procede el recurso de apelación, mismo que deberá ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la última notificación, de conformidad con el inciso primero del artículo 111 de la Ley 734 de 2002. Para el efecto, líbrense las respectivas comunicaciones, indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia.

En caso de que no pudiese notificarse personalmente en el término que establece la ley, se fijará edicto en los términos del artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO CUARTO: En firme esta decisión y el acto administrativo que la haga efectiva, comuníquese a la Profesional 5 del Área de Servicios Corporativos- Nómina de Empresas Varias de Medellín S. A. E. S. P., enviando la parte resolutoria de esta providencia, con su constancia de ejecutoria, para que dentro del término de diez (10) días siguientes se cumpla la sanción. Igualmente, comunicar a la división de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para los fines correspondientes.

ARTÍCULO QUINTO: Adelantar las demás diligencias de comunicación, notificación y anotaciones que correspondan a este Despacho, para la ejecución y registro de la sanción, de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO SEXTO: Agotados los trámites procesales y administrativos que pongan fin al presente proceso disciplinario, archívese el expediente con radicado 494 de 2018.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO GERMÁN TOBAR PINEDA
Coordinador de Asuntos Disciplinarios

Proyectó: Sara María Restrepo Arboleda
Revisó, encontró conforme y aprobó: Fabio Germán Tobar Pineda