



Dependencia:	PROCURADURIA REGIONAL DEL QUINDIO
Radicación:	IUC: D-2019-1400596
Radicación:	IUS: E-2019-625573
Investigado:	LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS
Cargo:	Alcalde Municipal
Investigado:	JOSE WINSER GARZON TOBARIA
Cargo:	Secretario Administrativo
Entidad:	ALCALDIA DE CALARCA
Quejoso:	ABELARDO DE JESUS ECHEVERRI PENAGOS
Fecha de Queja:	21 de abril de 2020
Fecha de Hechos:	Abril 2020
Asunto:	Auto que resuelve consulta. (Art. 157 Ley 734 de 2002)

Armenia, Quindío, 14 MAY 2020 AUTO NO. 086

I. ASUNTO

Esta Procuraduría Regional en virtud de la competencia otorgada por el numeral 3 del artículo 75 del Decreto 262 de 2000¹, en concordancia con el artículo 157 de la Ley 734 de 2002², revisa **por vía de consulta** la decisión adoptada el 23 de abril de 2020, por la Procuradora Provincial de Armenia, mediante la cual suspendió provisionalmente, por el término de tres (3) meses a los señores LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, y JOSE WINSER GARZON TOBARIA, en su condición de Alcalde Municipal de Calarcá y Secretario Administrativo de dicho municipio³.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Según lo informado por la Procuraduría Provincial de Armenia en el auto de apertura de investigación disciplinaria fechado 23 de abril de 2020, los hechos posiblemente irregulares se derivan de la queja formulada el día 21 de abril de 2020 por el ciudadano ABELARDO DE JESUS ECHEVERRY TRUJILLO, como Representante Legal del establecimiento de comercio Supermercado El Progreso

¹ **ARTICULO 75. FUNCIONES.** Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, (...)

3. Conocer en segunda instancia los procesos disciplinarios decididos en primera por los personeros, los procuradores provinciales y judiciales I.

² **Artículo 157. Suspensión provisional. Trámite.** Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere. El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia. El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición. Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado. Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.) Subraya nuestra. Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia. (...)

³ Página 5 auto apertura de investigación disciplinaria



de la ciudad de Calarcá, Quindío, en la cual se exponen presuntas irregularidades derivadas de la celebración del contrato de suministro de mercados para la Alcaldía de Calarcá, por cuanto le fueron remitidos documentos que corresponden a dos procesos contractuales diferentes, esto es los contratos No. 005 y 007, destacando que él firmó el No. 005 y nunca el No. 007.

Para cumplir la finalidad señalada en el artículo 153 de la Ley 734 de 2002, la Procuraduría Provincial de Armenia emite auto de apertura de investigación disciplinaria el día 23 de abril de 2020, providencia en la cual también se decidió suspender provisionalmente a los funcionarios LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, y JOSER WINSER GARZON TOBARIA, en su condición de Alcalde Municipal de Calarcá y Secretario Administrativo y en la misma actuación administrativa se dispuso consultar esta decisión ante esta Procuraduría Regional del Quindío.

III. DE LAS RAZONES DE LA SUSPENSIÓN

Tal como se anotó, la Procuraduría Provincial de Armenia decidió suspender provisionalmente a los citados funcionarios, bajo los siguientes argumentos:

- Con respecto a la **oportunidad procesal**, señaló que se encontraba en etapa de apertura de investigación disciplinaria.
- Respecto a la **naturaleza de la falta**, manifestó que las conductas posiblemente podrían ser tipificadas en los numerales 1 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establecen faltas gravísimas.
- En lo relacionado con el requisito sustancial, la Procuraduría Provincial consideró que dicha **permanencia en el cargo posibilitaba la reiteración de la falta** por cuanto *"la contratación por vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraría a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un bien servicio público a los administrados, circunstancias que aparentemente han sido desconocidas en la suscripción y ejecución del contrato No. 007 del 13 de abril del 2020, por parte de los señores José Winser Garzón Tobaría, Secretario Administrativo y Luis Alberto Balsero Contreras, alcalde del municipio de Calarcá, el primero suscribiéndolo y vigilándolo y el segundo con su deber funcional de controlar la actuación administrativa contractual, aún más cuando de la queja se desprende que el señor Balsero Contreras, visita al quejoso sin brindar solución, ni explicación a lo expuesto, además que con extrañeza se observa el Despacho que el señor Abelardo de Jesús Echeverri Penagos, exhibe el contrato de suministro No. 005 del 8 de abril de 2020 por valor de \$15.000.000, rubricado con su firma, aclarando que*



ese fue el contrato por él suscrito y nunca el contrato de suministro No. 007 de 2020 por valor de \$396.951.000, por lo que se infiere objetivamente que los señores José Winsor Garzón Tobaría y Luis Alberto Balsero Contreras, podrían interferir en la presente actuación disciplinaria, y reiterándola de manera continua"⁴.

- Igualmente, consideró que la permanencia en el cargo de los investigados posibilitaba la **interferencia en el trámite de la investigación** "en la medida en que los señores José Winsor Garzón Tobaría y Luis Alberto Balsero Contreras son los encargados de dirigir los procesos de contratación adelantados por el municipio de Calarcá, Luis Alberto Balsero Contreras como alcalde del municipio y representante del ente territorial y José Winsor Garzón Tobaría como delegado para adelantar los procesos de contratación hasta el 31 de diciembre de 2023, según Decreto 019 del 2 de enero de 2020.

En este orden de ideas, la valoración de la medida preventiva en lo que respecta al presupuesto de la reiteración o continuación de la conducta y la interferencia de la investigación cobran vigencia en tanto se observa que las funciones propias de los señores José Winsor Garzón Tobaría Secretario Administrativo y Luis Alberto Balsero Contreras alcalde del municipio de Calarcá, en el tema particular no se han materializado, como quiera que hasta el momento se encuentra en ejecución el contrato de suministro No. 007 de 2020 y hasta el 31 de diciembre de 2020, razones que en éste estadio procesal permiten inferir razonadamente a este Despacho que con la permanencia en los cargos de Alcalde y Secretario Administrativo del municipio de Calarcá, la posible falta disciplinaria continua e interfiere la presente actuación disciplinaria"⁵.

IV. DE LAS ALEGACIONES DE LOS DISCIPLINADOS

1. LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS.

El investigado a través de memorial presentado por su Apoderado, Dr. FABIO PELAEZ PARDO, solicita se revoque la medida de suspensión provisional proferida por la Procuraduría Provincial de Armenia, señalando entre otros los siguientes argumentos:

- **Indebida tipificación de faltas.**

⁴ Folios 10 y 11 del auto de apertura de investigación disciplinaria

⁵ Folio 11 del auto de apertura de investigación disciplinaria

Manifiesta la Defensa que la Procuraduría Provincial al referirse a la naturaleza de la falta y a la tipificación de estas, no tuvo en cuenta que el señor alcalde del municipio de Calarcá no participó en la etapa precontractual ni contractual del proceso 007 de 2020 ya que dicha contratación se encontraba delegada mediante decreto 019 del 02 de enero de 2020 a la Secretaría Administrativa del Municipio, citando sentencia constitucional C-693 de 2008 frente a la figura de la delegación.

Añade que no es admisible que el delegante responda siempre por las actuaciones del delegatario por cuanto se abandonaría el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, de tal manera que inexorablemente respondan por las decisiones de otros, como quiera que el quejoso hace referencia a la posible falsedad de su firma en el contrato 007 de 2020, y como se ha manifestado el señor alcalde municipal no participó en la etapa precontractual ni contractual del mismo, el quejoso jamás dice que el alcalde le haya falsificado la firma y no existe ninguna prueba que así lo dé a conocer.

Señala que no se entiende porque motivo se le tipifica de manera conjunta al doctor LUIS ALBERTO BALSERO una falta disciplinaria de falsedad ideológica por una firma dentro de un proceso contractual que él no manipuló ni llevó, falta que fuese tipificada tanto al alcalde municipal en calidad de delegante como al director administrativo en calidad de delegatario, como si los dos hubieran actuado en contubernio, aplicándoseles un mismo racero a pesar de funciones y competencias diferentes, no se tiene en cuenta por parte de la Procuraduría Provincial que las responsabilidades son individuales, y cada uno responde por su presunto comportamiento irregular y no existe dentro del derecho disciplinario una responsabilidad solidaria, no se hace ninguna análisis del comportamiento individual de cada investigado. Cita para el efecto sentencia C-372/02.

Alega por lo tanto que no existe una claridad en el auto de suspensión de la medida provisional, frente a la conducta investigada al mandatario local, ambigüedad e imprecisión que genera vulneración al debido proceso y nuevamente trae a colación una cita de la sentencia C-693 de 2008, para insistir en que el objetivo del legislador no es que el delegante responda conjuntamente por el sólo hecho de la delegación. También cita diferentes apartes de providencias emitidas por la Procuraduría General de la Nación en procesos disciplinarios, significando con ello que no solo la Corte Constitucional ha diferenciado la responsabilidad entre el delegante y el delegatario.

- **Inexistencia de material probatorio.**

Señala la Defensa que en el presente evento no se recaudó ningún material probatorio y que la Procuraduría Provincial suspendió al investigado con la mera queja virtual del ciudadano ECHEVERRI PENAGOS, sin que se allegara al expediente ninguna prueba diferente para verificar mínimamente sus manifestaciones.



Indica que la queja no es prueba, porque esta debe ser ratificada bajo la gravedad del juramento para que se consideren prueba, así lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-430 de 1997 "la queja no es prueba, porque de serlo, no necesitaría demostrarse, a menos que sea ratificada con las formalidades propias de la prueba testimonial".

Su argumentación continua referenciando que al haber suspendido al señor alcalde del Municipio de Calarcá con la mera queja del ciudadano, la Procuraduría está desconociendo las condiciones y requisitos de validez de los contratos estatales que conforme con la actual normatividad, se perfeccionan cuando se logra acuerdo en cuanto al objeto y la contraprestación y se eleva a escrito, pues así lo señala de manera expresa el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y además en los casos de urgencia manifiesta existe contrato estatal incluso, sin que exista documento escrito, por lo tanto, pretender darle vicios de ilegalidad a un contrato estatal bajo estas condiciones y solo con lo manifestado por un quejoso frente a una firma digital, cuando las pruebas demuestran lo contrario, constituiría en una decisión sin fundamento válido alguno, y menos cuando la Procuraduría provincial toma una decisión tan drástica solo con la queja, sin que se practique ninguna diligencia para al menos corroborar mínimamente sus dichos.

Agrega la Defensa que la procuraduría Provincial no constato lo dicho en la queja con los documentos aportados por el mismo quejoso, donde se puede evidenciar que este paso factura a la alcaldía por valor de 52,565.000 por la entrega de 1.000 mercados suministrados desde el 13 de abril hasta el 22 de abril de 2020, valor de mercado que estaba en el contrato 007 de 2020 por 52.565 pesos, que de haber sido cierto que firmó el contrato por 15.000.000 solo estaba en la obligación de entregar 285 mercados, luego entonces por qué motivo hizo entrega de 1.000 mercados. Además que no se tuvo en cuenta según el Apoderado, que a folio 6 obra una factura por 91.160.795 pesos de reserva de mercados que hiciera el supermercado el progreso para entregar un total de 1.734 mercados, factura que tiene fecha 15 de abril con vencimiento el 23 de abril de 2020.

- **Falsa e inexistente motivación frente a los serios elementos de juicio.**

Frente a la afirmación para indicar que la permanencia en el cargo de los investigados posibilita la reiteración de la falta, considera la Defensa según sus argumentos, que es una afirmación genérica y que no se especifica frente al comportamiento y/o presunta responsabilidad de cada uno de los investigados, pues al ser varios, cada uno pudo haber tenido una participación dentro del proceso contractual diferente y con una responsabilidad diferente, lo que genera una ambigüedad y falta de especificidad que vulnera el debido proceso.



Continua señalando que la Procuraduría Provincial manifiesta que existen serios elementos de juicio, pero nunca nombra o relaciona cuales son esos serios elementos de juicio que permitan inferir todas esas conjeturas y suposiciones. Indica: *"donde no existe al menos una prueba que diga que el señor alcalde Municipal de Calarcá Quindío, LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS con su permanencia en el cargo vaya presuntamente a reiterar la falta, ahora ¿Cuál falta? Presuntamente falsificar una firma de un contrato en el cual mi cliente no participó y había delgado por decreto a la secretaría administrativa, es claro que el señor alcalde al delegar la contratación ejerce una vigilancia y control frente a lo delegado, siendo estos uno de sus deberes, pero mi defendido no fue quien suscribió el contrato, no fue quien recaudo las firmas del contratista.*

Por otra parte se dice que mi defendido posiblemente vulneró los principios de la contratación, la sola calificación de la una falta disciplinaria en ese sentido, no es suficiente para presumir que va a reiterar la presunta conducta, debe existir elementos serios de juicio como lo dice el artículo 157 de la ley 734-02 y la Corte Constitucional, si fuese así que por presuntamente vulnerar los principios de la contratación dentro de un proceso, se presumiera de pleno que su permanencia en el cargo posibilita su reiteración, tendrían que suspender a todos los funcionarios y servidores públicos encargados de la contratación en Colombia que se les iniciara proceso disciplinario, sería una inferencia ilógica e insuficiente para llegar a tan absurda conclusión, prueba de ello es que la Procuraduría General cito a juicio disciplinario el 27 de abril del presente año al subdirector del departamento administrativo de bienes y suministros de Armenia, calificándole la falta como grave, referencia que fue publicada en la página oficial de la Procuraduría, donde no se llamó a juicio al señor alcalde por cuanto este tenía delgada la contratación, situación que es justa, a pesar que en los medios de comunicación el procurador General manifestó que en ese proceso se habían vulnerado todos los principios de la contratación, lo que quiero demostrar es que en ese proceso que traigo a colación no se tomaron decisiones apresuradas de suspensión de funcionarios, como si ocurrió con el señor alcalde del Municipio de Calarcá, que con una mera queja fue suspendido del cargo y calificándosele faltas gravísimas a pesar de haber delegado la contratación, que por demás de mucho respondería por incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia de la delegación, esto demuestra que no dieron aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación de las decisiones a tomar".

Para finalizar, la Defensa agrega que la Procuraduría Provincial presume que por el hecho de ser el investigado alcalde del municipio puede interferir en la actuación disciplinaria, como si esa sola circunstancia fuese suficiente para suspender provisionalmente a un mandatario local o regional, ya que no existe prueba al respecto.



- **Violación a la reserva procesal e indebida notificación.**

Informa la Defensa que el 24 de abril de 2020 a las 08.00 horas la doctora PAULA ANDREA HUERTAS ARCILA, ya estaba en el Alcaldía de Calarcá como alcaldesa encargada, sin que se le hubiera aun notificado al alcalde electo popularmente LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS el auto de apertura de investigación y suspensión, y solo hasta ese 24 de abril de 2020 entre las 09:30 y 10:00 horas, fue notificado del auto de apertura de la investigación donde estaba inmersa la suspensión, vulnerando el principio de publicidad y desconociendo que los actos administrativos no tienen efecto sino han sido notificados.

Además de lo anterior, existe el agravante que el auto de apertura debidamente firmado y sin fecha ya se encontraba circulando en las redes sociales, en los WhatsApp y en los medios de comunicación, no solo vulnerando la reserva del proceso sino la dignidad humana del señor LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, desconociendo quien pudo haber filtrado la información.

- **Información incompleta.**

Menciona el Apoderado que en el oficio remisorio para efectos de resolver la consulta de la decisión de suspensión se puede observar que anexan 161 folios, y al revisar el expediente el cual se encuentra debidamente foliado y sin enmendaduras en la foliatura que el folio 161 corresponde a la página 7 del auto de apertura, es decir, que el auto fue enviado incompleto, aunado a lo anterior se puede observar que las notificaciones de los investigados están en los folios 169 al 174, es decir, posterior al folio 168 que trata del oficio remisorio.

2. JOSE WINSER GARZON TOBARIA.

La Defensa del investigado esto es el Dr. JUAN CARLOS ALFARO GARCIA, a través de memorial presentado, solicita se revoque la medida de suspensión provisional proferida por la Procuraduría Provincial de Armenia, señalando entre otros los siguientes argumentos:

- **En cuanto a la interferencia en la investigación disciplinaria.**

Indica la Defensa que no se evidencia ni mucho menos se concluye la interferencia de su defendido en el trámite de la investigación, que sobre los serios elementos de juicio aducidos por la Procuraduría Provincial, se pregunta, ¿cuáles son esos serios elementos de juicios que permiten concluir una interferencia en el proceso disciplinario de parte del señor José Winsar Garzón Tobaría? ¿Acaso del solo hecho de que mi poderdante tenga delegación para efectos contractuales se



puede inferir que interfiera en la investigación?, lo anterior para señalar que lo único que se argumenta frente a este aspecto para sustentar la medida es el hecho de que los implicados tengan la posibilidad de desarrollar actividad contractual y tal hecho como debe ser de conocimiento de esa entidad de control se encuentra lejos de ser un serio elemento de juicio que demuestre la interferencia en la investigación, pues si así fuera, todos, absolutamente todos los ordenadores de gasto del país, o sus delegatarios que se encuentren incursos en procesos de investigación disciplinaria y cuyas faltas se hayan calificados como gravísimas, o graves estarían bajo medida de suspensión, y revisada la página de esa entidad no se encuentra que así sea.

Frente a este punto, señala expresamente: *"Dentro del expediente disciplinario, obran como prueba los contratos 005 de 2020 y 007 de 2020, así como los correspondientes certificados de disponibilidad presupuestal, y en general todos los documentos que hacen parte de estos procesos, y que valga la pena resaltar no obran una sola vez, se encuentra varias copias de los mismos, solicitadas todas por el ente de control, por lo que vale la pena entonces preguntarse, ¿cómo se interfiere en un proceso disciplinario en el que material probatorio ya ha sido recaudado?, ¿cómo se interfiere en un proceso en que además gran parte de los elementos probatorios se encuentran publicados en el SECOP, sistema electrónico, que como bien lo sabe la entidad de control no puede ser manipulado por las entidades del Estado, pero en el que además queda toda la trazabilidad de los documentos, como lo es su contenido y su fecha de publicación, ¿cómo se puede interferir en una investigación disciplinaria en la que a la fecha en la que se toma la decisión de suspensión ya se había practicado visita de vigilancia fiscal, de la que participo la procuraduría provincial, tal y como obra a folios 248 a 250 del cuaderno No. 2?*

Conforme con lo hasta acá expuesto, se evidencia que en el presente caso no se ha demostrado objetivamente que existan circunstancias que hagan concluir al órgano de control que el señor Garzón Tobaría pueda interferir en la investigación disciplinaria y por lo tanto se trata simplemente de una grave presunción de la entidad, al suponer que el solo hecho de tener delegación contractual puede interferir en la investigación disciplinaria, desatendiendo además de sus propios argumentos y de las disposiciones legales ya señaladas, el propio precedente constitucional, ya que la Corte Constitucional en sentencia C- 450 de 2003 señaló a este respecto: (...)"

Por ello considera que la medida adoptada no cumple con tales condiciones y lo que es peor aún, no está sustentada en un análisis probatorio real, sino simplemente en una presunción de la entidad de control que termina afectando los derechos fundamentales de su poderdante.



- **En cuanto a la continuidad o reiteración de la falta.**

Indica la Defensa que dicho análisis resulta ser igual de simple y carente de sustento probatorio como el requisito que ya fue analizado, puesto que el texto señala expresamente que la permanencia en el cargo posibilita la reiteración de la falta, por cuanto los documentos que reposan en el expediente dan cuenta de ello, sin indicar ¿Cuáles documentos? Ni por qué los mismos hacen inferir, ¿o concluir que se reiterar la falta?, en otras palabras, estableciendo la decisión de suspensión en un acto meramente discrecional, situación que va en contravía de la normativa señalada y en especial de lo indicado recientemente por la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2019, para lo cual cita el aparte correspondiente y resalta que *"Al basarse en elementos objetivos, la suspensión provisional no puede ser, en ningún caso, arbitraria o meramente discrecional (...)".*

- **Dar mayor valor probatorio a un documento sin firmas del personal de la entidad estatal y sin estar publicado en el SECOP.**

Sobre este punto expresa textualmente: *"Este aspecto refiere a que el quejoso hace entrega según consta en el expediente disciplinario a folios 10 a 17, del presunto contrato de suministro 005 de 2020, cuyo objeto corresponde según tal documento a: "Suministro de Mercados para los grupos vulnerables del Municipio de Calarcá-Quindío, como medida para la atención de la emergencia derivada del COVID-19", dicha minuta presenta una serie de situaciones que debieron ser advertidas a primera vista por los funcionarios de la Procuraduría Provincia, como son: (i) el Certificado de disponibilidad presupuestal "Materiales y Suministros", no tiene relación alguna con el objeto del contrato, (ii) aparece tan solo suscrito por el señor ABELARDO DE JESÚS ECHEVERRI PENAGOS, y no aparece la firma de mi prohijado José Winser Garzón Tobaría en su calidad de Secretario administrativo y (iii) tal presunto acuerdo contractual NO se encuentra publicado en el SECOP.*

Conforme con lo anterior se le dio un inmenso valor probatorio a un contrato que no contiene la firma de una de las partes, en otras palabras a un contrato que NO existe porque para que un contrato se perfeccione se requiere por lo menos de la firma de las partes contratantes, en este momento conforme con los decreto legislativos, específicamente del Decreto 491 de 2020 tales firmas pueden ser de carácter digital, pero este documento tiene la particularidad que ni siquiera tiene una firma digital. Debo aclarar frente a este aspecto, que si bien el inciso cuarto, del artículo 41 de la ley 80 de 1993 los contratos bajo urgencia manifiesta pueden ser verbales, esta no fue la situación expuesta por el quejoso pues refiere frente a este acuerdo a un documento escrito y por lo tanto por lo menos debía estar suscrito. (...)".



- **Inconsistencia en cuanto a algunas afirmaciones y documentos del quejoso.**

En este punto la Defensa trae a colación apartes del documento que aparece a folios 251 a 253 del cuaderno 2, donde se evidencia que la Contraloría Departamental del Quindío realizó visita acompañado del Doctor JUAN CARLOS SANDOVAL, Procurador Provincial del Quindío a las instalaciones del progreso de Calarcá.

De lo anterior, señala que la Procuraduría debió advertir aspectos como el intercambio de correos electrónicos entre NATALIA VANESSA CASTILLO MARTINEZ, contratista de la entidad y el supermercado que hacen referencia a asuntos de firma digital de un acuerdo contractual frente a lo cual el ente de control entendió que efectivamente el contrato cuya firma digital fue autorizada por el presunto contratista corresponde al contrato 05 de 2020, mismo que como ya se señaló no estaba publicado en el SECOP y no contenía firma alguna de su defendido. Al respecto indica la Defensa que *"No es explicable porque razón la Procuraduría Provincial en un ejercicio de respeto a los derechos fundamentales no practico frente a este aspecto, declaración de la citada contratista, o incluso solicito a la entidad territorial se explicará tal situación y por el contrario procediera a emitir una suspensión del cargo ocupado por mi poderdante, en otras palabras nuevamente se le brindo total valor probatorio a lo expuesto por el quejoso sin hacer análisis comparativo alguno y con ello vulnerando derechos fundamentales como lo es el debido proceso"*.

Lo anterior, aunado al hecho que *"(...) el quejoso aduce haber suscrito un contrato por valor de quince millones de pesos (\$15.000.000) y sin embargo el mismo muestra la ejecución por un valor mucho superior, lo cual fue desatendido por la entidad, pues no realizó ninguna otra valoración probatoria, ni mucho menos alguna constatación al respecto, por lo que esta defensa insiste en que la medida adoptada por la Procuraduría Provincial con respecto a la suspensión del cargo de Secretario Administrativo que ocupa mi defendido no solamente resulta ser desproporcionada, sino que además carece de fundamento legal y factico, por lo que las misma en aras del respeto de los derechos fundamentales debe ser levantada"*.

- **Argumentos finales.**

Como último punto, la Defensa en atención a los criterios subjetivos, violación al debido proceso y desproporciones cometidos con esta suspensión del cargo, cita apartes de la Sentencia T-422 de 1992 de la Corte Constitucional para señalar lo que allí se ha expresado sobre el principio de proporcionalidad, y lo que en sentido similar se ha expuesto por la misma corporación en sentencia C-401 de 2013.



También señala: *"Si bien la decisión del despacho tuvo como base para la suspensión provisional del cargo una motivación referente a la posible conducta y violación de los principios de la contratación estatal, es demostrable que mi apoderado realizó con detalle todos los postulados y principios normativos que rigen la contratación estatal, al encontrarse en el expediente contractual todo lo documentos de carácter previo, como los son estudio del mercado, solicitud de cotizaciones, estudios previos, disponibilidades presupuestales y demás requisitos que conllevaron a la proyección de la minuta del contrato de suministro No 007 de 2020, sobre el cual se discute su firma electrónica y si bien tal asunto deberá ser plenamente esclarecido, ese simple hecho, sin que se hiciera un verdadero análisis probatorio no justifica, ni cumple con los requisitos legales con los postulados legales para que se procediera a suspender del cargo, como lo hizo el ente de control"*.

Señala igualmente el Defensor que también se debió tener en cuenta otras facultades que le otorga la ley a la misma procuraduría en su función preventiva y de intervención, en aras de guardar el interés y el patrimonio público como lo es la solicitud de suspensión del contrato, tal y como lo ha hecho ese ente de control en otros casos actuales representativos de esta región.

V. CONSIDERACIONES

Procede entonces, esta Regional a estudiar si legalmente es viable mantener en firme la medida tomada por la Procuraduría Provincial de Armenia, sobre la suspensión provisional en el ejercicio del cargo de Alcalde y Secretario Administrativo del municipio de Calarcá para los señores LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS y JOSER WINSER GARZON TOBARIA. Para tal efecto son necesarias las siguientes consideraciones:

➤ MARCO NORMATIVO

1. El primer inciso, del artículo 157 de la Ley 734 de 2002, establece con relación a la medida objeto de la presente consulta:

"Suspensión provisional. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público, posibilita la interferencia del



autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere”.

De esta norma, se desprenden claramente una serie de requisitos que deben cumplirse para que sea jurídicamente viable disponer la suspensión provisional, los cuales son:

- Que la medida se adopte **durante la investigación disciplinaria o de juzgamiento**;
- Que la suspensión se produzca por mediar presuntamente conductas que puedan conducir al establecimiento de faltas calificadas como **gravísimas o graves**;
- Que la providencia a través de la cual se decrete la medida señale los **motivos** que conducen a esa determinación;
- Que se haya **evidenciado o que razonablemente se concluya**, según lo observado en las diligencias disciplinarias adelantadas, la existencia de serios elementos de juicio, de los cuales pueda deducirse que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilitaría la presentación de una cualquiera de las siguientes situaciones:
 - La interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación;
 - La continuación de la falta o bien la reiteración de la misma.

➤ DEL CASO CONCRETO

El cabal examen respecto del cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados, será el que prosigue:

1. Tal como quedó reseñado en el acápite de antecedentes, la suspensión provisional se decidió por la Procuraduría Provincial de Armenia, en providencia del pasado 23 de abril de 2020, esto es en el auto que ordenó abrir **investigación disciplinaria**, razón por la cual, el primero de los requisitos mencionados se cumple cabalmente de acuerdo con el art. 175 inciso cuarto del C.D.U.
2. Respecto a la **naturaleza de la falta** por la cual se abrió investigación disciplinaria, la Procuraduría Provincial consideró que se trataba de conductas que posiblemente podrían ser tipificadas en los numerales 1 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establecen:



"1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley".

Se aduce por parte de la Procuraduría Provincial de Armenia que conforme al material probatorio recaudado hasta este estadio procesal, se podría inferir como posible la comisión de las conductas típicas de delito, descritas por la norma sustantiva penal como falsedad ideológica en documento público (Art. 286°, L599/2000 – Código Penal) y además la afectación de los principios que regulan la contratación estatal, y regulan la ejecución de recursos públicos en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado mediante decreto 417 del 17 de marzo de 2020 por el Gobierno Nacional y derivado de la pandemia COVID 19.

Observa esta instancia que el Dr. JUAN CARLOS ALFARO GARCIA en cuanto a este requisito informó que no se referiría al respecto por cuanto la calificación de la falta endilgada a su poderdante será objeto de debate dentro del procedimiento disciplinario.

Por lo tanto el Despacho únicamente se ocupa de los argumentos esgrimidos por el Dr. FABIO PELAEZ PARDO, quien manifestó no estar de acuerdo con la calificación dada porque no se tiene en cuenta que las responsabilidades son individuales y que cada uno responde por su presunto comportamiento irregular y no existe dentro del derecho disciplinario una responsabilidad solidaria, advirtiendo también que no se hace ningún análisis del comportamiento individual de cada investigado. También señala que no existe una claridad en el auto de suspensión de la medida provisional, frente a la conducta investigada al mandatario local, ambigüedad e imprecisión que genera vulneración al debido proceso.

Al respecto, al revisar la providencia consultada se encuentra que efectivamente en la argumentación correspondiente a la naturaleza de la falta, después de la enunciación de las faltas disciplinarias gravísimas no se hace un análisis detallado de la conducta individual de cada investigado para considerar que se trataba de conductas que posiblemente podrían ser tipificadas en los numerales 1 y 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.



Es así que, le asiste razón a la Defensa en cuanto a que frente a la conducta correspondiente al numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no se hizo descripción en el auto que vincule a su prohijado con la misma, ya que es cierto que el quejoso no informó que el alcalde le haya falsificado la firma y no existe ninguna prueba que así lo dé a conocer.

Sin embargo, es posible verificar que si se hizo una descripción de la conducta posiblemente irregular por parte del Alcalde del Municipio de Calarcá y que la misma puede ser enmarcada dentro de la descripción típica de la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, aunado al hecho que así lo entendió la Defensa, pues manifestó su desacuerdo siendo enfático en afirmar que su prohijado no participó en la etapa precontractual ni contractual del proceso 007 de 2020, ya que dicha contratación se encontraba delegada.

Lo anterior se corrobora en los párrafos subsiguientes donde se realiza la motivación de la medida, en el aparte que indica:

"(...) y Luis Alberto Balsero Contreras, alcalde del municipio de Calarcá, (...) y el segundo con su deber funcional de controlar la actuación administrativa contractual, aún más cuando de la queja se desprende que el señor Balsero Contreras, visita al quejoso sin brindar solución, ni explicación a los (SIC) expuesto, (...)”⁶

Significa lo antes planteado que en cuanto a la naturaleza de la falta, el presupuesto procesal se satisface con la adecuación de la conducta del investigado LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS en la falta gravísima contenida en el numeral 31 del artículo 48 Ley 734 de 2002, la cual según se desprende de las circunstancias de modo señaladas por el quejoso y como lo dijo la Procuraduría Provincial puede corresponder a lo dispuesto en esta normativa que debe entenderse como una calificación provisional sin incurrir en prejuzgamiento.

Diferente es que el Apoderado considere indebida esta tipificación, lo cual no es motivo de debate en esta instancia porque la competencia otorgada al Despacho es para la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales en torno a la medida preventiva de suspensión, esto es que frente a la naturaleza de la falta, la conducta sea susceptible de investigar por una falta gravísima o grave, y no para hacer juicios de valor sobre aspectos de fondo que corresponde decidir al funcionario competente de ejercer la acción disciplinaria.

⁶ Folio 11 auto de investigación disciplinaria



En relación con la naturaleza de la falta para la suspensión provisional, la Corte Constitucional, precisó⁷:

"Para que la medida de suspensión provisional pueda ser adoptada, el proceso que se esté adelantando debe haberse iniciado por una supuesta comisión de (i) faltas disciplinarias calificadas como gravísimas o graves, y cuando (ii) se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere".

3. Ahora bien, en cuanto al requisito sustancial y/o de motivación tiene por fuentes:

- a) Interferencia en el trámite de la investigación**
- b) Continuación de la falta**
- c) Reiteración de la falta**

Respecto a la interferencia en la investigación se pretende preservar la actuación de cualquier perturbación, presión o impedimento que pudiera producirse como consecuencia de la permanencia del investigado en su cargo o función.

Las causales b) y c) tienen la misma finalidad, pues se encaminan a proteger la administración pública, evitando que la falta disciplinaria pueda continuarse o volverse a realizar; sin embargo, diferenció el verbo rector de cada una de estas, como a continuación se precisa. Causal b) verbo continuar que, conforme al diccionario de la real academia de la lengua, significa "seguir haciendo lo comenzado". Por su parte la causal c) verbo reiterar. "Volver a decir o hacer algo".

Así, cuando el legislador refirió que la permanencia del investigado posibilita la continuación de la falta hace referencia a la conducta dentro del mismo hecho investigado. Por su parte al establecer la posibilidad de reiterar está precavando la posibilidad que el mismo sujeto en un nuevo evento diferente al cual este siendo investigado proceda en similar o igual forma.

Precisado lo anterior, encuentra el Despacho que en cuanto al requisito sustancial y/o de motivación de la suspensión provisional, los Apoderados de ambos disciplinados presentaron alegaciones que se oponen a lo decidido por la Procuraduría Provincial de Armenia, motivo por el cual se abordará su análisis de manera separada.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-450 del 3 de junio de 2003. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.



1. FABIO PELAEZ PARDO, Apoderado del Investigado LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, Alcalde Municipal de Calarcá.

Frente a la posibilidad de reiteración de la falta, considera la Defensa que se han hecho afirmaciones genéricas que no especifican el comportamiento y/o presunta responsabilidad de cada uno de los investigados, pues al ser varios, cada uno pudo haber tenido una participación dentro del proceso contractual diferente y con una responsabilidad diferente, lo que genera una ambigüedad y falta de especificidad que vulnera el debido proceso.

En relación con lo señalado por el Apoderado, el Despacho se remite al acápite correspondiente a la suspensión provisional dentro del auto de apertura de investigación disciplinaria, donde respecto a la reiteración de la falta por parte del Alcalde Municipal, se dijo que:

"(...) el señor quejoso Abelardo de Jesús Echeverri Penagos, propietario del establecimiento de comercio Almacén Supermercado "El Progreso" ubicado en el municipio de Calarcá, arguye NO haber firmado el contrato No. 007 del 13 de abril de 2020 por valor de \$396.951.000, y al revisar por parte del Despacho la minuta del contrato referido, aparece suscrito por el señor Echeverri Penagos y el señor José Winsor Garzón Tobaría en calidad de Secretario Administrativo delegado mediante el Decreto No. 019 del 2 de enero del 2020 por parte del señor Luis Alberto Balsero Contreras alcalde del municipio de Calarcá, con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

Implica lo anterior que la permanencia en el cargo de los señores José Winsor Garzón Tobaría Secretario Administrativo y Luis Alberto Balsero Contreras, Alcalde del municipio de Calarcá, seguirían afectando principios fundamentales y esenciales que regulan la contratación del estado, pues la actividad contractual del Estado debe desarrollarse en virtud de los principios de transparencia (...), economía (...) y responsabilidad previstos en la ley 80 de 1993, así como en los postulados que rigen la función pública, (...)"

" (...) la contratación por vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraría a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados, circunstancias que aparentemente han sido desconocidas en la suscripción y ejecución del contrato No. 007 del 13 de abril del 2020, por parte de los señores (...) Luis Alberto Balsero Contreras, alcalde del municipio de Calarcá, (...) con su deber funcional de controlar la actuación administrativa contractual, aun mas cuando de la queja se desprende que el señor aún más cuando de la queja se desprende que el señor Balsero Contreras, visita



al quejoso sin brindar solución, ni explicación a lo expuesto, además que con extrañeza observa el Despacho que el señor Abelardo de Jesús Echeverri Penagos, exhibe el contrato de suministro No. 005 del 8 de abril de 2020 por valor de \$15.000.000, rubricado con su firma, aclarando que ese fue el contrato por él suscrito y nunca el contrato de suministro No. 007 de 2020 por valor de \$396.951.000, por lo que se infiere objetivamente que los señores José Winser Garzón Tobaría y Luis Alberto Balsero Contreras, podrían interferir en la presente actuación disciplinaria, y reiterándola de manera continua”⁸.

De allí se desprende que si bien en varios apartes de los párrafos se hizo referencia a los dos implicados, de su lectura integral es posible deducir que el comportamiento y responsabilidad de cada uno si fue especificado por separado, teniendo en cuenta que al señor Alcalde se le cuestiona el hecho de posiblemente haber desconocido su deber funcional de controlar la actuación administrativa contractual situación que conlleva disciplinariamente un presunto desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa, pues al parecer el quejoso le comunicó de manera personal las posibles irregularidades relacionadas con el contrato de suministro No. 007 de 2020 y no obtuvo de su parte ninguna solución al respecto.

Este cuestionamiento fue debidamente comprendido por la defensa, ya que en ejercicio de su derecho de contradicción, dentro de sus alegaciones discrepa de esta tesis, como se observa en los siguientes apartes:

“(...) ¿Cuál falta? Presuntamente falsificar una firma de un contrato en el cual mi cliente no participó y había delegado por decreto a la secretaría administrativa, es claro que el señor alcalde al delegar la contratación ejerce una vigilancia y control frente a lo delegado, siendo estos uno de sus deberes, pero mi defendido no fue quien suscribió el contrato, no fue quien recaudo las firmas del contratista. (...)”

“(...) como sí ocurrió con el señor alcalde del Municipio de Calarcá, que con una mera queja fue suspendido del cargo y calificándoles faltas gravísimas a pesar de haber delegado la contratación, que por demás de mucho respondería por incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia de la delegación, esto demuestra que no dieron aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y ponderación de las decisiones a tomar”.

Ahora bien, la Defensa ha señalado que la sola calificación de la falta disciplinaria por la posible vulneración de los principios de la contratación estatal no es suficiente para presumir que el investigado va a reiterar la presunta conducta, considerando que deben existir elementos serios de juicio como lo dice el artículo 157 de la ley 734-02 y la Corte Constitucional.

⁸ Folios 10 y 11 del auto de apertura de investigación disciplinaria



Agrega también que si fuese así, que por presuntamente vulnerar los principios de la contratación dentro de un proceso, se presumiera de pleno que su permanencia en el cargo posibilita su reiteración, se tendrían que suspender todos los funcionarios y servidores públicos encargados de la contratación en Colombia a los que se les iniciara proceso disciplinario, lo que sería una inferencia ilógica e insuficiente para llegar a tan absurda conclusión.

Como prueba de ello indica que Procuraduría General citó a juicio disciplinario el 27 de abril del presente año al subdirector del departamento administrativo de bienes y suministros de Armenia, calificándole la falta como grave, referencia que fue publicada en la página oficial de la Procuraduría, donde no se llamó a juicio al señor alcalde por cuanto este tenía delgada la contratación.

Para el Despacho es claro que estos argumentos defensivos carecen de validez por cuanto, no puede desconocer ni el Despacho ni la Defensa que cada caso concreto es susceptible de ser investigado en materia disciplinaria bajo la observancia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se haya presentado el hecho y no en otro. Lo anterior por cuanto como garantía del debido proceso, del principio de legalidad y del derecho de defensa, es obligatorio señalar de manera precisa las circunstancias fácticas que hayan rodeado el hecho irregular para poder descenderlas en las normas las normas jurídicas que sean aplicables a esos hechos concretos.

Por ello las referencias de casos disciplinarios que se citan en los alegatos por parte de la Defensa, no sirven de sustento para desvirtuar la procedencia de la revocación de la suspensión provisional del investigado, pues cada caso debe ser analizado de manera individual bajo las circunstancias fácticas y jurídicas acaecidas.

De igual modo, desconoce la defensa que la Procuraduría Provincial argumentó que la permanencia en el cargo del disciplinado seguiría afectando principios fundamentales y esenciales que regulan la contratación del estado que por vía de urgencia manifiesta no puede ser una contratación abusiva ni contraria a los principios de la contratación estatal debido a las circunstancias que se presentaron con la suscripción y ejecución del contrato No. 007 del 13 de abril del 2020 y que vinculan al alcalde del municipio de Calarcá por su deber funcional de controlar la actuación administrativa contractual, ya que el quejoso informó que personalmente le había pedido una explicación al mandatario, situación que aparentemente ignoró y este hecho es el que rodea las características propias de este proceso que no se repiten en otra investigación disciplinaria para que pueda equipararse su contenido, y es por ello que resulta desacertado el argumento que señala que se tendría que suspender a todos los funcionarios y servidores públicos encargados de la contratación en Colombia a los que se les iniciara proceso



disciplinario, ya que eso depende exclusivamente de los motivos propios y de los hechos en cada proceso.

Frente a la ausencia de serios elementos de juicio para que la Procuraduría Provincial adoptara la decisión de suspensión provisional del señor Alcalde del Municipio de Calarcá alegada por la Defensa, es pertinente remitirnos a lo dicho al respecto en la providencia que se estudia, esto es el folio 9 del auto de apertura de investigación disciplinaria en el aparte que señala: *"(...) el Despacho observa que la permanencia en el cargo de los investigados funcionarios, posibilita la reiteración de la falta, por cuanto los documentos que reposan en el expediente que sustentan las validaciones realizadas (...) dan cuenta que hay situaciones que pueden persistir (...)".*

Y en precedencia, dicha decisión informó como se observa a folio 4 que: *"Conforme a lo anterior, y vista la queja elevada por el señor Abelardo de Jesús Echeverri Penagos, propietario del establecimiento de comercio Almacén Supermercado "El Progreso" en el municipio de Calarcá, y la información existente en el SECOP I, (...)", y más adelante se verifica que aparece el texto: "Todo ello, cotejado en visita especial realizada por esta agencia, en fecha 22 de abril de 2020 (...)"*

Evidentemente, es posible determinar que la Procuraduría Provincial fundó su decisión en los documentos que se pueden identificar como la queja, sus anexos y la información registrada en el SECOP I, por lo cual queda demostrado que dicha instancia tenía en su posesión a la fecha de emisión de la decisión de suspensión provisional el material que consideró suficiente para adoptar la misma.

En este punto es necesario aclarar que aun cuando la queja presentada por el ciudadano ABELARDO DE JESUS ECHEVERRI PENAGOS, no haya sido ratificada, este hecho per se, no hace que la información en ella contenida no pueda ser considerada como un serio elemento de juicio para la fundamentación de la medida de suspensión provisional dentro del presente caso, ya que la misma fue cotejada con la información registrada en el SECOP I por la misma entidad territorial, donde se pudo corroborar que era cierta la existencia del contrato de suministro No. 007 de 2020, que además efectivamente se encontraba suscrito por el quejoso, pero también es cierto que su firma electrónica fue remitida a la Alcaldía por como parte de un documento denominado contrato de suministro No. 005, lo que hace más firme y creíble su versión de los hechos.

A lo anterior debe sumarse que observado el contenido de la queja también se aportó el contrato de suministro No. 005 por valor de \$15.000.000, el contrato de suministro No. 007 por valor de \$396.951.000, el acta de inicio y aclaratorio, los



cuales al ser verificados por esta instancia dan cuenta de las siguientes circunstancias:

El quejoso había informado a través de su queja que estaba preocupado por la forma como habían utilizado de forma ilegal su firma, ya que aduce haber firmado el contrato de suministro No. 005 por valor de 15.000.000 millones de pesos con la Alcaldía de Calarcá y que luego se entera que en redes circulaba otro contrato de suministro firmado por él pero con el No. 007 y por un valor de \$396.000.000 millones de pesos, afirmando que en ningún momento lo había firmado por lo que procedió a comunicarse con el Alcalde señor LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, quien estuvo en su oficina y no supo darle explicación pero se comprometió en darle una y también una solución. Agrega que transcurridos 5 días desde esa reunión, jamás recibió una llamada, hasta ese día (21 de abril de 2020) que lo llamaron para que firmara los documentos enviados al correo y al imprimirlos leyó que eran documentos para legalizar el contrato que jamás firmó y del cual nunca lo llamaron para hablar pero que circula por todos los medios.

Adujo la Procuraduría Provincial que el contrato No. 005 no aparece publicado en el SECOP I o II, y que el contrato No. 007 de 2020 por valor de \$396.000.000 millones de pesos existe en el SECOP I.

Revisada la minuta contractual correspondiente al contrato de suministro No. 005 de 2020, que fue aportada con la queja, la cual reposa del folio 10 al 16, se observa que su objeto es: "SUMINISTRO DE MERCADOS PARA LOS GRUPOS VULNERABLES DEL MUNICIPIO DE CALARCA, QUINDIO, COMO MEDIDA PARA LA ATENCIÓN DE LA EMERGENCIA DERIVADA DEL COVID-19", contratante MUNICIPIO DE CALARCÁ con Nit, contratista ALMACEN SUPERMERCADO EL PROGRESO, Representante Legal ABELARDO DE JESUS ECHEVERRI PENAGOS, con cedula de ciudadanía, valor \$15.000.000 de pesos, plazo de ejecución, contados a partir de la suscripción el acta de inicio y hasta el 31 de diciembre de 2020 y/o hasta que se supere la calamidad pública, sin superar la presente vigencia. Este documento tiene fecha del 8 de abril de 2020 y hace expresa referencia en sus cláusulas al suministro de mercados. En él se señala como contratante al Secretario Administrativo JOSE WINSER GARZON TOBARIA, de quien en la parte final del documento no se verifica firma y como contratista el señor ABELARDO DE JESUS ECHEVERRI PENAGOS, de quien si es posible verificar su firma digital.

En cuanto a la otra minuta contractual, esto es la que corresponde al contrato de suministro No. 007 de 2020, se observa que el encabezado contiene la misma información que la del contrato No. 005 pero con un valor diferente, aquí el valor es por \$396.951.000 millones de pesos. Este documento tiene fecha del 13 de abril del año 2020 y se encuentra suscrito por JOSE WINSER GARZÓN



TOBARIA, Secretario Administrativo y ABELARDO DE JESUS ECHEVERRI PENAGOS.

Se verifica también en el expediente la certificación expedida por el Subsecretario Administrativo del Municipio de Calarcá, en la cual se señaló que no se encontraron los correos con el proveedor supermercado el progreso para la suscripción del contrato y la firma del acta de inicio, de conformidad con la revisión realizada al correo de la secretaría administrativa de Calarcá.

De esta trazabilidad sin embargo, obra documento en el cual la señora NATALIA CASTILLO el día 7 de abril remitió de su cuenta personal un correo electrónico al Supermercado el Progreso en el cual indicaba que en archivo adjunto estaba remiando el contrato de suministro de mercados para colocarle la firma digital y dejarlo en Word para poder colocar las demás firmas. Dicho archivo adjunto corresponde al contrato de suministro No. 005 de 2020.

EL día 9 de abril de 2020, se evidencia correo electrónico del supermercado a la señora NATALIA CASTILLO, en el cual hace la devolución del contrato de suministro No. 005 con firma digital.

El día 15 de abril, la señora NATALIA CASTILLO, remite correo electrónico al Supermercado El Progreso con el archivo adjunto que correspondía al contrato de suministro No. 007 de 2020, completamente firmado.

La vinculación de la señora NATALIA CASTILLO con la Alcaldía Municipal de Calarcá, se corrobora con el contrato de prestación de servicios profesionales No. 025 de 2020 que reposa en el plenario.

De esta forma, revisado el material probatorio que en el momento de proferir la decisión de suspensión provisional se había obtenido por la Procuraduría Provincial de Armenia, encuentra esta instancia que el mismo efectivamente comporta la suficiente entidad para servir de fundamento de la misma, pues se trata de precaver que el señor BALSERO CONTRERAS, como Representante legal de la entidad estatal, en un nuevo evento – actividad contractual - pueda reiterar la posible conculcación de los principios que rigen la contratación estatal, como al parecer aconteció al omitir el cumplimiento de su deber de vigilancia y control sobre las presuntas irregularidades informadas por el contratista dentro del contrato de suministro No. 007 de 2020, puesto que no se puede tomar a la ligera la utilización no autorizada de la firma digital del proveedor por parte de funcionarios de la entidad (aún de buena fe), ello teniendo en cuenta que está probado que se realizaron modificaciones a la minuta contractual, las cuales si se trataba de un formato bien pudieron incluir espacios en blanco para no incurrir en confusiones por datos inexactos, pero lo más importante, es el hecho que



directamente se le comunicó al ordenador del gasto, quien tiene bajo su cargo la dirección y el manejo de la actividad contractual aun cuando existía un acto administrativo de delegación de funciones contractuales.

Se debe agregar que de las alegaciones presentadas por la Defensa, no se observa elemento argumentativo, documental, testimonial o técnico, que desvirtúe este hecho del cual tuvo oportunidad procesal de controvertir en sede de consulta, concluyendo entonces que es procedente confirmar los argumentos expuestos por la Procuraduría Provincial de Armenia para sustentar la decisión de suspensión provisional, porque no se trata de una conducta a la que se le pueda restar importancia puesto que la función de vigilancia, orientación y control, de la que no se desprende el delegante, sobreviene de su posición de máxima autoridad y representante legal del Municipio de Calarcá, que implica ejercer de manera diligente el control jerárquico sobre el delegatario, para en caso necesario adoptar las medidas correctivas a que haya lugar.

Lo anterior, por cuanto los documentos que obran en el plenario como lo consideró la Procuraduría Provincial de Armenia, permiten establecer que el contrato de suministro No. 007 de 2020, suscitó serios cuestionamientos frente a la formación de la minuta contractual, situación de la que era conocedor el investigado.

Con relación a esta circunstancia, esto es que la permanencia en el cargo permita inferir que se puede continuar reiterándose la conducta, es pertinente traer a colación lo expresado en sentencia C-450 de 2003, al señalar frente a los elementos a considerar ante la posible continuación de la comisión de la falta o su reiteración que: «es importante analizar la forma habitual de comportarse de los presuntos responsables y deducir el comportamiento futuro esperado»

La misma jurisprudencia se pronunció sobre este tópico así:

“[d]e lo que se trata es de precaver que una conducta objetiva de la cual existen serios y evidentes elementos de juicio, se prolongue en el tiempo una vez realizada. Dicha prolongación puede tener dos modalidades: la simple continuación o la reiteración de la conducta ya realizada. No se está, entonces, ante un juicio anticipado acerca de la personalidad del servidor público investigado o juzgado disciplinariamente sino ante una facultad derivada de la valorización de elementos probatorios relativos al acto que disciplinariamente se le imputa.”
(resaltado de la Sala)

Además, es necesario agregar que la medida propende por proteger el interés general, el cual en el presente caso está representado por la ciudadanía que tiene la confianza en que todas las actividades relacionadas con la contratación directa



debido a la emergencia sanitaria que se realicen por parte de la entidad territorial, se hagan bajo la observancia de los principios legales y controlando las malas prácticas que pongan en duda y riesgo el cumplimiento de los fines estatales.

Por otro lado, en relación con las facturas expedidas por el contratista y que hacen referencia a la entrega de 1.000 mercados que superan el valor de \$15.000.000 millones como valor pactado, es posible verificar con la declaración extra juicio de la señora NATALIA V. CASTILLO, aportada por la Defensa que no tuvo contacto con el señor ECHEVERRI PENAGOS (quejoso) puesto que era con la señora LUZ del supermercado con la que intercambiaba información, y que fue esta misma persona quien le remitió vía correo electrónico dos facturas sobre los mercados entregados, por lo tanto, sin probarse que el quejoso los haya entregado personalmente, este hecho deberá ser esclarecido dentro de la investigación disciplinaria, y para efectos de la medida provisional de suspensión expedida no constituye un elemento probatorio que logre modificar su procedencia, teniendo en cuenta además que se trata de una medida de carácter preventivo y que el investigado frente a las pruebas documentales aducidas, tiene la posibilidad procesal de controvertir.

En lo concerniente a la interferencia del investigado en el trámite de la investigación, el Despacho encuentra que los argumentos expuestos por la Defensa tienen vocación de prosperidad puesto que con los elementos incorporados a la investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría Provincial hasta ahora, se adolece de aquella que permita el cotejo de las funciones que desempeña el investigado con la forma en que podría llegar a interferir en la investigación, pues ante la demostración del nexo entre las mismas se torna necesaria la separación del cargo, circunstancia que no se presenta en el presente caso.

Finalmente en cuanto a la violación de la reserva procesal, la indebida notificación y la información incompleta que aduce la Defensa, encuentra el Despacho que se trata de aspectos procedimentales sobre los cuales le corresponde pronunciarse al competente funcional, ya que si bien es cierto en la misma providencia de apertura de investigación disciplinaria se dispuso la suspensión provisional del investigado LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS, la competencia de esta Regional está circunscrita únicamente a los aspectos derivados de la confirmación o revocatoria de la suspensión provisional del funcionario.

2. JUAN CARLOS ALFARO GARCIA, Apoderado del Investigado JOSE WINSER GARZON TOBARIA, Secretario Administrativo.

En primer lugar, sobre el aspecto relacionado con la interferencia de su defendido en el trámite de la investigación, estima la Defensa que el material probatorio ya



ha sido recaudado, además que en el SECOP se encuentra toda la trazabilidad de los documentos y que el mismo no puede ser manipulado, considerando por ello que la medida adoptada no cumple con los requisitos legales y el precedente constitucional, además de no estar sustentada en un análisis probatorio real, sino simplemente en una presunción de la entidad de control que termina afectando los derechos fundamentales de su poderdante.

Analizado el anterior argumento y cotejado con las motivaciones que esgrimió la Procuraduría Provincial respecto a la interferencia del disciplinado en la investigación, se verifica que solo porque el disciplinado desempeñe el cargo de Secretario Administrativo y se encuentre pendiente la práctica de las pruebas relacionadas en el auto de apertura de investigación disciplinaria y las que puedan desprenderse de las mismas, no puede deducirse o inferirse una obstrucción o interferencia de su parte en la correspondiente producción, ya que es necesario contar con un serio elemento de juicio en ese sentido que permita llegar a concluir la interferencia en la investigación, situación que no se avizora en el presente evento.

En relación con la continuidad o reiteración de la falta, señala la Defensa que se trató de un acto meramente discrecional que va en contravía de la normativa señalada y en especial de lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2019, para lo cual cita el aparte correspondiente y resalta que *"Al basarse en elementos objetivos, la suspensión provisional no puede ser, en ningún caso, arbitraria o meramente discrecional (...)"*, por considerar que el análisis realizado por la Procuraduría Provincial carece de sustento probatorio.

Es este sentido afirma que se le dio un inmenso valor probatorio a un contrato que no contiene la firma de una de las partes, en otras palabras a un contrato que no existe porque para que un contrato se perfeccione se requiere por lo menos de la firma de las partes contratantes. Textualmente hace referencia al contrato de suministro No. 005 de 2020, de la siguiente forma:

"Este aspecto refiere a que el quejoso hace entrega según consta en el expediente disciplinario a folios 10 a 17, del presunto contrato de suministro 005 de 2020, cuyo objeto corresponde según tal documento a: "Suministro de Mercados para los grupos vulnerables del Municipio de Calarcá-Quindío, como medida para la atención de la emergencia derivada del COVID-19", dicha minuta presenta una serie de situaciones que debieron ser advertidas a primera vista por los funcionarios de la Procuraduría Provincial, como son: (i) el Certificado de disponibilidad presupuestal "Materiales y Suministros", no tiene relación alguna con el objeto del contrato, (ii) aparece tan solo suscrito por el señor ABELARDO DE JESÚS ECHEVERRI PENAGOS, y no aparece la firma de mi prohijado José



Winser Garzón Tobaría en su calidad de Secretario administrativo y (iii) tal presunto acuerdo contractual NO se encuentra publicado en el SECOP”.

Al respecto el Despacho considera que estas observaciones sobre el documento, no lo excluyen como medio de convicción para el estudio de la presente medida de suspensión, pues ofrece información real sobre las circunstancias que rodearon los hechos posiblemente irregulares en los que participó el Secretario Administrativo, ya que en el presente caso lo que se está debatiendo no es la legalidad del contrato de suministro No. 005 de 2020, sino el cumplimiento del deber funcional que le asistía al funcionario público al que se le ha calificado provisionalmente su falta como gravísima según lo dispuesto en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, por su participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Lo antes señalado, porque no se puede realizar un análisis independiente de este documento sino por el contrario, debe integrarse con los demás elementos arrimados al proceso, de donde es posible verificar que evidentemente el contrato No. 007 de 2020 fue suscrito por el Secretario Administrativo como contratante y que el referido documento contrato No. 005 si bien no se encuentra suscrito por el investigado, si hizo parte de los actos preparatorios o etapa precontractual, por cuanto fue remitido por parte de la funcionaria que la entidad había designado para dichas labores previas dentro del proceso contractual, con el fin de que el contratista aportara su firma electrónica, hecho que está debidamente soportado en el expediente.

Es así que al Secretario Administrativo, según se desprende del Decreto No. 019 del 2 de enero de 2020, se le había delegado la competencia para expedir todos los actos precontractuales, contractuales y pos contractuales, que se encuentran en cabeza del Alcalde Municipal, entre otras dentro de la modalidad de selección contratación directa.

Dicha competencia no lo exoneraba de realizar las verificaciones y confirmaciones respecto a la forma en que la Administración Municipal materializaría la adquisición de los mercados a través del contrato de suministro, esto es que como responsable de la actividad contractual y de los procesos de selección por el acto de delegación, debía velar por la adecuada utilización de estrategias y mecanismos a través de los cuales se llevaran a cabo los trámites previos dentro de los procesos contractuales, teniendo en cuenta que conocía que la entidad estaba atravesando por una época de emergencia sanitaria declarada por la pandemia COVID 19, y que ello acarrearía nuevas condiciones operativas y logísticas, como la presentación virtual de firmas electrónicas por parte de los



contratistas, circunstancia que requería mayor vigilancia y control sobre los actos de formación del contrato, pues está visto que en el presente caso hubo una posible manipulación indebida de la información entregada por el contratista, específicamente de su firma digital porque al parecer o bien, fue copiada y pegada en un nuevo documento o, el texto que la contenía fue alterado.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que la contratación directa por causa de urgencia manifiesta seguirá presentándose en la Administración Municipal de Calarcá, en cabeza del investigado como responsable de la actividad contractual y que las circunstancias coyunturales en cuanto al cumplimiento de dichas funciones no permiten el trámite directo y personal para algunas de las actuaciones de los procesos contractuales debido a la emergencia declarada por el COVID 19, como la suscripción de los contratos, se debe confirmar la medida de suspensión provisional del investigado adoptada por la Procuraduría Provincial de Armenia, quien consideró que las aparentes circunstancias irregulares presentadas en la suscripción y ejecución del contrato No. 007 del 13 de abril de 2020, podrían reiterarse.

Igualmente, es necesario resaltar que la suspensión provisional es un acto de carácter preventivo dentro del proceso disciplinario que busca garantizar la buena marcha de la Administración, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-406 de 1995, donde sostuvo:

“Esta etapa del procedimiento disciplinario no está prevista en detrimento de los derechos constitucionales al buen nombre y debido proceso, como lo señala el demandante dentro del concepto de la violación, puesto que desde cualquier punto de vista, la investigación disciplinaria y el correspondiente procedimiento que incluye la suspensión provisional en esta materia, es una carga profesional y administrativa legítima que sólo procede en caso de investigación de la posible responsabilidad del funcionario en situación de flagrancia de falta gravísima, o cuando las pruebas allegadas dentro de la misma actuación, permitan advertir la ocurrencia de falta grave o gravísima que ameriten la sanción de suspensión o de destitución.(...)”

De otra parte, esta clase de suspensión, que es apenas provisional y no es una sanción, constituye una etapa necesaria y conveniente en esta clase especial de actuaciones de carácter correccional y disciplinario, que por su carácter reglado bien puede ser decretada como medida preventiva en el desarrollo de las actuaciones que proceden, según las normas bajo examen. En todo caso, el investigado tiene la posibilidad procesal y administrativa de demostrar su inocencia por los distintos medios probatorios, y obtener que se le reincorpore con la plenitud de sus



derechos en relación con el empleo y con los salarios a que tendría derecho."

Por último, en cuanto a la suspensión del contrato se aclara a la Defensa que cada caso concreto tiene especiales connotaciones que deben ser analizadas para la procedencia de determinadas actuaciones, como por ejemplo el caso de la solicitud de suspensión del contrato y su ejecución, reglada en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002, la cual procede cuando se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará el patrimonio público, medida que debe ser analizada por el competente funcional que este tramitando la investigación disciplinaria y no por esta instancia procesal.

3. OTRAS CONSIDERACIONES.

El Despacho observa que dentro del traslado para alegaciones previas a resolver la consulta de la medida de suspensión provisional para los investigados LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS y JOSE WINSER GARZON TOBARIA, también fueron presentados escritos por parte de otros investigados que no fueron cobijados por dicha medida, esto es los señores JUAN JOSE CORREA LOPERA a través de su Apoderado RICARDO ANDRES JARAMILLO LOZANO, que señala aspectos relacionados con la incorporación de las pruebas, y GESNER ARNETH RENGIFO ARIAS, quien realizó solicitud de nulidad.

En atención a ello, el Despacho considera que los aspectos sustanciales contenidos en los memoriales presentados, deben ser objeto de análisis y pronunciamiento por parte del competente para ejercer la acción disciplinaria, señor Procurador Provincial de Armenia.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Regional del Quindío, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia del 23 de abril de 2020 proferida por la Procuraduría Provincial de Armenia, por medio de la cual se decidió suspender provisionalmente del cargo de Alcalde Municipal de Calarcá al señor LUIS ALBERTO BALSERO CONTRERAS y del cargo de Secretario Administrativo de dicho municipio al señor JOSE WINSER GARZON TOBARIA, por las razones aquí consignadas.

SEGUNDO.- DISPONER que por parte de la Procuraduría Provincial de Armenia, se resuelvan las solicitudes realizadas por el Apoderado FABIO PELAEZ PARDO, relacionadas con la violación de la reserva procesal, la indebida notificación y la información incompleta; al igual que las realizadas por el Apoderado RICARDO

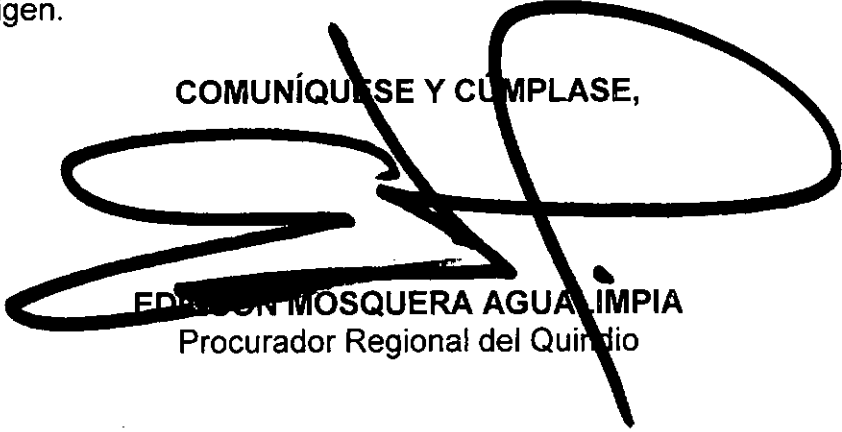


ANDRES JARAMILLO LOZANO, sobre la incorporación de las pruebas, y GESNER ARNETH RENGIFO ARIAS, quien realizó solicitud de nulidad.

TERCERO.- COMUNICAR por la Secretaria de la Regional la presente decisión a los sujetos procesales, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno.

CUARTO.- REGISTRAR las constancias de rigor y **DEVOLVER** el expediente a la oficina de origen.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


EDSON MOSQUERA AGUA LIMPIA
Procurador Regional del Quindío

EMA/LB