

OJ-005-2020

PARA: C.A.A.F. EPM FILIALES AGUAS

DE: Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico para establecer lineamientos para realización de la auditoría especial PTAR de Bello. Memorando con radicado 1109 – 202000001949 del 4 de marzo de 2020.

Procede la Oficina Asesora Jurídica a responder la solicitud descrita en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. Antecedentes de la solicitud

El Contralor Auxiliar de La C.A.A.F. EPM Filiales Aguas, mediante memorando interno radicado 1109 – 202000001949 del 4 de marzo de 2020, solicita a esta Oficina Asesora se conceptúe jurídicamente si una decisión o fallo emitido por un tribunal de arbitramento internacional en el marco de un contrato o convenio internacional y con reglas establecidas por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), podría configurar el fenómeno de cosa juzgada, impidiendo que el órgano de control fiscal pudiera establecer un detrimento patrimonial por el pago de lo ordenado en ese fallo o decisión.

Sobre dicho cuestionamiento, expone los antecedentes que a continuación se sintetizan:

Aguas Nacionales EPM, empresa filial de EPM, suscribió en el año 2012, el convenio para el diseño, fabricación, suministro, montaje y pruebas en campo de los equipos electromecánicos, la ejecución de las obras civiles, y la puesta en marcha y operación de la planta de tratamiento de aguas residuales Bello, contratados bajo el contrato de préstamo BID No. 2120/OC con la firma Consorcio HHA, convenio que se rige por el pliego de condiciones denominado DDL para el proceso LPI- No. PR – 2011-01.

El referido contrato inició el 17 de septiembre de 2012 y la fecha de terminación de la etapa de construcción se tenía prevista para el 16 de septiembre de 2015, y su finalización, que incluye un año de operación, se pactó para el 16 de septiembre de 2016. Para el 31 de diciembre de 2018, fecha de corte de última auditoría, habían transcurrido 1202 días por encima del plazo inicialmente pactado para la construcción del proyecto, situación que conllevó a unos mayores pagos por concepto de interventoría.

El pliego de condiciones, concretamente el capítulo 20, reglamenta que las controversias contractuales las dirime un Comité para la resolución de Controversias, y que como última instancia de acuerdo al numeral 20.6 del mismo pliego, se deberá acudir a un centro de arbitraje internacional para contratistas internacionales con sede en la ciudad de Nueva York.

Finalmente, pone de presente que la C.A.A.F. que preside, tiene conocimiento de dos (2) decisiones que adoptó el Comité de Resolución de Controversias, consistentes en: **i)** En junio 18 de 2018, se pagó al contratista la suma de \$107.988.376, por el no pago oportuno de anticipos, y **ii)** En junio de 2019, se adoptó decisión relacionada por una mayor permanencia en obra del contratista, sin embargo, a la fecha, no se ha cuantificado dicho valor.

2. Alcance de los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Medellín

El Artículo 267 de la Constitución Política, consagra que el control fiscal encomendado a las Contralorías, es posterior y selectivo y por ello se prohíbe fijar procedimientos o formas de actuar a los sujetos de control, puesto que podría

interpretarse como control previo, situación confirmada por la Corte Constitucional, en Sentencia C - 113 de 1999, cuando señala:

“En este orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función”.

Por esta razón, la Contraloría General de Medellín, emite conceptos en términos generales, no resuelve en ellos casos puntuales, sino que los aborda de manera general y abstracta. Constituyen estas orientaciones, opiniones o puntos de vista de carácter general, **que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de situaciones particulares. Así mismo, deben entenderse brindados en el alcance del Artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.**

Ahora bien, en cuanto a su alcance, se advierte que los conceptos emitidos por esta Oficina, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

En este orden de ideas, antes de proceder a dar respuesta a lo solicitado, se indica que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Contraloría General de Medellín, este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal, pues se itera, las Contralorías, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional, no pueden **“participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”**, y mucho menos, **“interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad**

¹ República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

coadministradora que la Constitución no ha previsto” (C-113/99)”. (Negrita a propósito)

Por lo tanto, esta Oficina Asesora se abstendrá de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, razón suficiente para “emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto”.

Hechas estas precisiones, respondemos su inquietud de manera general, en los siguientes términos:

3. Consideraciones jurídicas

3.1. Sobre el arbitramento como una forma de resolución de conflictos surgidos en torno a los contratos celebrados entre entidades estatales y los particulares

En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos:

(1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y

(2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado – aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros.

Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas – cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial.

En relación a las diferencias de la justicia administrada por árbitros y administrada por jueces, la jurisprudencia constitucional ha señalado²:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado. También ha señalado que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.”

3.2. Características y aspectos fundamentales del arbitramento como acto jurisdiccional – Decisión vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada

La doctrina constitucional ha examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral.

Bajo estas premisas, la Corte Constitucional delimitó los aspectos fundamentales del arbitramento como acto jurisdiccional, y a su vez señaló que la decisión que resuelve la disputa resulta vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada. Sobre esto último, expresó³:

² Corte Constitucional. Sentencia SU.174/07

³ Ibídem

“El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir.

(...)

Una vez las partes han habilitado a los árbitros para ejercer la función jurisdiccional en relación con sus diferencias, se obligan a acatar la decisión que eventualmente éstos adopten mediante un laudo. El laudo arbitral debe resolver efectivamente la disputa que se somete a consideración del tribunal de arbitramento, ya que la finalidad misma de la habilitación de los árbitros por las partes es la de obtener una solución para el conflicto que las enfrenta y dicha resolución, al ponerle fin a una disputa mediante un acto de naturaleza jurisdiccional, hace tránsito a cosa juzgada. Una vez se ha integrado el Tribunal y se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez, por lo cual el laudo arbitral, en tanto acto jurisdiccional adoptado después de seguir el procedimiento preestablecido para verificar los hechos, valorar las pruebas y extraer una consecuencia en derecho o en equidad, según la voluntad de las partes, hace tránsito a cosa juzgada al igual que las sentencias judiciales.”

3.3. La naturaleza jurídica autónoma e independiente de la responsabilidad fiscal – Esta clase de responsabilidad exige la certeza absoluta de la existencia del daño patrimonial

De acuerdo con los principios que orientan la organización del Estado colombiano, la competencia asignada a los órganos de control fiscal se ejerce de manera autónoma e independiente y sin que su ejercicio pueda ser objeto de sujeción o condicionamiento a las decisiones de cualquiera de los órganos que componen las ramas del poder público o de los demás órganos a los que la Constitución reconoce la misma autonomía.

Ahora bien, en relación al carácter independiente y autónomo de la responsabilidad fiscal frente a otros tipos de responsabilidad, la Corte Constitucional explicó⁴:

“La responsabilidad fiscal es distinta de la responsabilidad disciplinaria o de la responsabilidad penal que pueda generarse por la comisión de los mismos hechos que

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 832 DE 2002.

se encuentran en el origen del daño causado al patrimonio del Estado, que debe ser resarcido por quien en ejercicio de gestión fiscal actúa con dolo o culpa. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque la Corte ha advertido que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de un proceso fiscal. Cabe hacer énfasis de manera particular en que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de responsabilidad son diferentes y que los objetivos perseguidos en cada caso son igualmente diversos.”

Esa misma Corporación, en Sentencia C - 840 de 9 de agosto de 2001, al examinar la exequibilidad de algunas normas de la Ley 610 de 2000, indicó:

*"El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicen de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.). El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; **es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según voces del artículo 29 Superior**". (Resaltado fuera de texto)*

Ya por su parte, el Consejo de Estado al analizar la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, se refirió a la existencia del daño patrimonial para el surgimiento de esta, precisando⁵:

"Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable,

⁵ Ver sentencias Consejo de Estado, Sección Primera, de 30 de mayo de 2013, Radicación 63001-23-31-000-2004-00313-01, C.P. María Elizabeth García González; y de 15 de septiembre de 2016, Radicaciones 25000-23-41-000-2013-02564-01 y 25000-23-41-000-2014-00058-01; C.P. María Elizabeth García González.

determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona. En el presente caso, no existe duda, ni siquiera por parte de la actora de que en efecto hubo un daño patrimonial al Estado (...).”

Resulta importante señalar, que pese a que la naturaleza jurídica de la acción fiscal es independiente, en el análisis de un caso concreto, deberá revisarse el contenido del laudo arbitral, a efectos de considerar si en el mismo se ordenaron y pagaron daños patrimoniales sufridos por la Entidad a razón del contrato estatal y por cuenta del contratista, así entonces, que si eventualmente la entidad pública ya ha sido resarcida en sus daños patrimoniales por orden de un laudo arbitral, éste se tendrá en cuenta a la hora de prescindir de la acción fiscal como mecanismo autónomo.

4. La Oficina Asesora Jurídica conceptúa

Bajo las consideraciones jurídicas y los trazos jurisprudenciales en precedencia, en forma abstracta y sin examinar concretamente el caso planteado en el escrito consultivo, la Oficina Asesora Jurídica conceptúa, que las determinaciones o decisiones adoptadas por el Comité para la Resolución de Controversias dentro del marco del pliego de condiciones denominado DDL para el proceso LPI No. PR – 2011-01, en manera alguna frustra, inhabilita o impide el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de Medellín sobre la ejecución de los contratos o convenios celebrados por el sujeto de control fiscal, en este caso Aguas Nacionales EPM, pues si bien es cierto esta empresa filial de EPM se rige por régimen exceptuado de contratación, y gozan de ciertas prerrogativas al momento de estipular las cláusulas que dispongan la resolución de controversias contractuales, tal circunstancia no enerva la naturaleza autónoma e independiente de la responsabilidad fiscal, pues se itera, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos o particulares que tengan a cargo una gestión fiscal.

Igualmente y bajo ese principio de autonomía e independencia que gobierna la responsabilidad fiscal, se advierte que una decisión proferida por un tribunal de

arbitramento hace tránsito a cosa juzgada,⁶ pero debiendo aclarar que **en ese mismo escenario**, más no en el espectro del proceso auditor adelantado por el organismo de control fiscal, el que incluso podría incluir dentro la muestra selectiva objeto del alcance del proceso, las decisiones emanadas por esa clase de administración de justicia particular (arbitramento) y verificar si las mismas comportan una ineficiente gestión fiscal que pudiera desencadenar una lesión al erario.

4.1. Conclusiones

4.1.2. Las decisiones emanadas por un tribunal de arbitramento no impiden el ejercicio del control fiscal por parte de este organismo de control sobre las operaciones y celebración de contratos o convenios ejecutados por parte del sujeto de control fiscal, independientemente su naturaleza jurídica y régimen de contratación que le sea aplicable.

4.1.3. Las cláusulas pactadas en el contrato estatal y que rigen la manera y ante quien se resolverán las controversias contractuales que de este se generen, dada la independencia y autonomía del proceso de responsabilidad fiscal, no hacen tránsito a cosa juzgada formal o material para que sea posible predicar a partir de los mismos, la responsabilidad fiscal de un sujeto que ostente la calidad de gestor fiscal bajo los términos señalados en los artículos 3 y 4 de la Ley 610 de 2000.

4.1.4. Respecto al posible surgimiento de un daño patrimonial derivado de un fallo arbitral, deberá considerarse los siguientes escenarios e hipótesis:

- a.** Si el fallo o el laudo arbitral impone una condena en contra de la entidad estatal a pagarle al contratista una indemnización por perjuicios, la suma producto de la condena no podría ser objeto de acción fiscal, y su resarcimiento estaría en cabeza de la misma entidad estatal vía **acción de**

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-774/01. "Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa. Identidad de partes, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. (...)”

repetición en contra del agente estatal productor del daño y que dio lugar a la condena vertida en el fallo arbitral⁷.

- b. En el evento de que el laudo o fallo arbitral imponga una condena al contratista a pagarle a la entidad estatal los daños patrimoniales sufridos, y estos **efectivamente** sean reconocidos por la parte vencida, estaría resarcido el desmedro patrimonial y ante la falta de este elemento (**daño**), se haría nugatoria la iniciación de la acción fiscal; y
- c. En caso de que el fallo o laudo arbitral **no** ordene pagar valores a la entidad por concepto de daños patrimoniales por parte del contratista, deberá el ente auditor determinar si acaeció o no el surgimiento de un daño patrimonial con ocasión de la ejecución del contrato, y en caso positivo, realizar el respectivo traslado del hallazgo a la dependencia competente para examinar la viabilidad de dar inicio a un proceso de responsabilidad fiscal.

De esta manera, la Oficina Asesora Jurídica espera haber atendido su solicitud, advirtiéndole que este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,

Proyectó: Jorge Ospina. – Profesional Universitario 2

⁷ Ley 678 de 2001. **Artículo 2º.** Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Revisó: María Isabel Morales. – Jefe Oficina Asesora Jurídica