

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 042 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVEN UNOS RECURSOS DE APELACIÓN EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 034-2018.

Medellín, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

	RECURSO DE APELACIÓN:
Objeto decisión Despacho Contralor:	Auto N° 405 de 2022 por el cual se NEGÓ el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022. Auto N° 417 del 18 agosto de 2022, por el cual se NEGÓ el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022.
Entidad afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EPM E.S.P.
Hecho (s) Investigado (s):	Sobrecostos generados durante la etapa de construcción del Proyecto Hidroeléctrico Bonyic- Panamá, por medio de la filial Hidroecológica del Teribe S.A. – HET, causados por un inadecuado control societario por parte de la Junta Directiva de EPM.
Cuantía Total del daño:	\$198.619.959.767
Presuntos responsables:	Aníbal Gaviria Correa, Juan Esteban Calle Restrepo, Alberto Arroyave Lema, Andrés Bernal Correa, Beatriz Restrepo Gallego, Gabriel Ricardo Maya Maya, Luis Fernando Arbeláez Sierra, Manuel Santiago Mejía Correa, Rubén Hernando Fernández Andrade e Hidroecológica del Teribe S.A., representada por Esteban Barrientos Moreno.
Decisión Primera Instancia	Negar el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022.
Decisión en segunda instancia:	CONFIRMA
Garante:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., como compañía cesionaria de Royal & Sun Alliance Seguros (R.S.A, Compañía de seguros.
Procedimiento:	Ordinario doble instancia



I. OBJETO DE LA DECISIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, según Resolución 1269 del 21 de octubre de 2022, en ejercicio de la competencias prescritas en las leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y el Acuerdo Municipal N° 087 de 2018, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*¹), procede a resolver unos RECURSOS DE APELACIÓN contra los **autos N° 405 y 417 de 2022** por medio del cual se negó una solicitud de nulidad. Folios 884, 895.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

- Mediante Auto 352 del 1 de diciembre de 2020, se dictó Auto de Apertura del proceso. En dicha providencia se decretaron e incorporaron y decretaron algunas pruebas tendientes a determinar la responsabilidad fiscal de los investigados. Según el fundamento N° 14 del auto “*La Junta Directiva de EPM aprobó el cierre de la etapa de construcción del Proyecto Bonyic el 25 de agosto de 2015, tal como quedó registrado en el Acta N° 1599 “Folio 389 reverso y siguientes, Cuaderno 2*”. Folio 491.
- Mediante Auto 194 del 27 de abril de 2021, se comisionó al abogado Iván Darío Zuluaga Pimienta para la instrucción del Proceso Rad. 034-2018. Folio 631.
- El 4 de marzo de 2021, radicado Mercurio 202100000535, el Dr. Gabriel Ricardo Maya, obrando en nombre propio, solicitó el “**decreto de caducidad y archivo de la acción de responsabilidad fiscal**”, ya que los hechos investigados datan de los años 2011 al 2013, según lo expuesto en el Auto 352 de 2020. Folio 592.

Dentro de la solicitud pone de presente estos argumentos:

- Bonyic-Panamá es un activo de propiedad de Hidroeléctrica del Teribe S.A-HET, la cual es filial de EPM. Debe distinguirse entre el rol de los administradores de la Sociedad-HET- y el de los Miembros de la junta Directiva de EPM.
- El marco de la responsabilidad fiscal, debe circunscribirse al control general y abstracto de a la inversión en la sociedad. Folio 592.

¹ Modificada por la Resolución N° 482 de 2022

- En la parte motiva del Auto 352 de 2020, en la página 13 se indicó que dicho daño fue producto de la falta de controles por parte de la Dirección de EPM, entre los años 2011 a 2013. Folio 593.
 - Las actuaciones que se investigan se relacionan con la fase de construcción.
 - En el caso presente es evidente que operó la caducidad desde el 30 de abril de 2015, en antes de entrar en operación comercial el proyecto. El Auto de Apertura es del 1 de diciembre de 2020, “pese a que *habían transcurrido más de cinco (5) años desde la fecha en que entró en operación comercial Bonyic*”. Folio 594.
 - Es equivocada la apreciación del Líder de Proyectos de Auditoría² al indicar que el cierre del proyecto es del 25 de agosto de 2015. Folio 596.
 - La HET empezó a percibir ingresos por la generación de energía desde el mes de enero de 2015.
 - El recibo y cierre final de maquinaria y equipo fue el 16 de marzo de 2015.
 - El Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 0354-2018 estuvo suspendido 212 días. Por tanto la CGM debió dicta el auto de apertura a más tardar el 2 de mayo de 2020. Folio 601.
- Mediante **Auto 320 del 22 de julio de 2022**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió una **solicitud de caducidad³** de la acción fiscal solicitada por el apoderado Gabriel Ricardo Maya, así: “**ARTÍCULO PRIMERO: DESESTIMAR las solicitudes de caducidad, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.**” Folio 851.

Entre las razones expuestas se resaltan las siguientes:

- Los hechos generadores se produjeron dentro del marco de la ejecución del contrato de concesión para la generación de energía hidroeléctrica firmado el 11 de noviembre de 1999 por 50 años. Folio 850.
- Es aplicable la tesis del Consejo de Estado⁴ cuando señaló que el control fiscal que se puede ejercer sobre la contratación estatal, normalmente es posterior, una vez liquidado el contrato, conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-103/15.
- En los daños patrimoniales que se generan en materia de contratación estatal, el término de caducidad, solo cuenta cuando finaliza la última oportunidad contractual para evitar el daño fiscal, esto es la terminación o liquidación del contrato. Folio 851.

² Informe Técnico de Willian Jiménez Moreno. Folio 458

³³ Ver argumentos del solicitante respecto al Auto 352 de 2020 Auto de apertura

⁴ Sentencia del 9 de agosto de 2018 rad. 25000 23 24 000 2012 00195 01

- Hoy a todas luces el contrato de concesión a 50 años continúa vigente y en ejecución, por lo que según la jurisprudencia aplicable, el término de caducidad no ha empezado a correr.
- Mediante **Auto 405 del 18 agosto de 2022**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió “**ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022**”. Folio 890.
- Mediante **Auto 417 del 22 agosto de 2022**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, negó una **solicitud de nulidad** solicitada por el apoderado Luis Alfonso Bravo Restrepo denominándola coadyuvancia a la solicitud presentada anteriormente por el apoderado Londoño Arango y que fuere resuelta a través del Auto 405 del 18 de agosto de 2022. Folio 895.

Entre las consideraciones expuestas se resaltan:

Mediante correo electrónico del día viernes 12 de agosto de 2022, el apoderado **Luis Alfonso Bravo Restrepo** presentó **solicitud de nulidad**, denominándola coadyuvancia, a la solicitud de nulidad presentada anteriormente por el apoderado Londoño Arango, y que fuere resuelta a través del Auto 405 del 18 de agosto de 2022.

Expresa que “*Para el día jueves 18 de agosto de 2022, también mediante correo electrónico, el apoderado Ricardo Hoyos Duque presentó solicitud de nulidad, denominándola coadyuvancia a la solicitud de nulidad presentada anteriormente por el apoderado Londoño Arango y que fuere resuelta a través del Auto 405 del 18 de agosto de 2022*”.

Manifiesta que “*el despacho procederá a desestimar las solicitudes de nulidad, pues los argumentos expuestos son similares a los ya decididos por este despacho en el Auto 405 del 18 de agosto de 2022, debiéndose aplicar el inciso segundo, del artículo 19 de la Ley 1437 de 2011⁵ y decidiendo estarse a lo ya resuelto en aquel proveído*”. SNFT.

Manifiesta que “*En la regulación legal del control fiscal, no aparece norma expresa que determine una competencia específica sobre el control fiscal a una sociedad extranjera sometida al derecho privado, como sería el caso de Hidroeléctrica del Téraba, pero lo cierto*

⁵ ARTÍCULO 19. Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas. Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane.

es que ello no resulta necesario, pues el control fiscal se ejerce sobre el recurso público y no sobre el órgano público". Folio 496.

En la parte resolutiva se decidió: "**ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR el decreto de nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022**".

- El 5 de septiembre de 2022 el Dr. Luis Alfonso Bravo Restrepo, apoderado del Dr. Aníbal Gaviria Correa, interpuso recurso de apelación contra el Auto 417 de 2022 y solicitó "**que se revoquen los autos 405 y 417 de 2022**". Folio 913.
- El Dr. Ricardo Hoyos Duque, apoderado del Dr. Alberto Arroyave Lema, interpuso recurso de apelación contra el **Auto 417 de 2022 y solicitó la nulidad del 320 de 2022**. Folio 918. Mediante Auto 469 del 6 de septiembre de 2022, se admitió el recurso de apelación contra el Auto 405 del 22 de agosto de 2022. Folio 919.
- Mediante Auto 470 del 6 de septiembre de 2022, se admitió el recurso de apelación contra el Auto 417 del 22 de agosto de 2022. Folio 920.
- Mediante memorando 1200-202200008481 se remitió el expediente al Despacho del Contralor para que resolviera los recursos de apelación. Folio 923.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1 LA COMPETENCIA

Acorde a las funciones establecidas en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió conceder el RECURSO DE APELACIÓN⁶ para que lo desatara el Superior, se hace necesario resolver el mismo al tenor del artículo 109 de la Ley 1474 de 2011.

⁶ Ley 1437 de 2011 "Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa".

3.2 EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO RAD. 034-2019

Dado que en este proceso se decidió NEGAR unas solicitudes de nulidad, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene competencia la Contraloría General de Medellín para adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal en contra de los investigados?

¿En el presente proceso se violó el debido proceso, el derecho de defensa por un supuesto cambio en el objeto de la investigación?

¿En el Proceso Radicado 034-2018 operó el fenómeno jurídico de la caducidad?

¿Es procedente acceder a las peticiones, y en consecuencia revocar los Autos N° 405 del 18 de agosto de 2022 y 417 del 22 de agosto de 2022?

Para resolver dichos problemas, el Despacho abordará los siguientes temas: 1) La Competencia de la Contraloría General de Medellín; 2) Control Fiscal a la Contratación Estatal. Caducidad de La Acción; y 3) por último hará el análisis del caso concreto.

3.3 LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN

El proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme a lo dispuesto en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real cierto en tanto haya sido ocasionado al patrimonio público, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.

Sobre la competencia para el ejercicio del control fiscal a los sujetos de control, este Ente de Control, ha expedido las siguientes resoluciones sobre rendición de cuentas:

Resolución 232 del 8 de julio de 2016. Por la cual se expide la versión 7 sobre rendición y revisión de la cuenta e informes para el municipio de Medellín y sus entidades descentralizadas. Fuente: Artículo 268 de la Constitución.	Artículo décimo tercero. Parágrafo. A las entidades sujetas de control que tengan o llegaren a tener filiales o inversiones en el exterior , se hará control a través de la casa matriz. SNFT.
---	--



Resolución 170 del 18 de diciembre de 2017. Por la cual se expide la versión 8 sobre rendición y revisión de la cuenta e informes para el municipio de Medellín y sus entidades descentralizadas.	<p>Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución se aplicarán a todas las entidades públicas del orden municipal , incluidas:</p> <p>7. Empresas en que las entidades descentralizadas del orden Municipal tengan participación mayoritaria y presten sus servicios en Medellín <u>u otros ámbitos territoriales.</u> SNFT.</p> <p>Parágrafo 3. En los casos de entidades, empresas, filiales que no pertenezcan al orden municipal de la Ciudad de Medellín, o <u>no se sometan a legislación colombiana, el control se hará en forma plena sobre la participación</u> que directa o indirectamente tenga el municipio de Medellín en esa entidad y se tendrá en cuenta el alcance de la gestión fiscal que las entidades Municipales tienen en cada caso concreto. SNFT.</p>
Resolución 079 del 12 de junio de 2019. Por la cual se expide la versión 9 sobre rendición y revisión de la cuenta e informes para el municipio de Medellín y sus entidades descentralizadas.	<p>Artículo 2. Ámbito de aplicación.</p> <p>Igual anterior</p>

El artículo 268 de la Carta, en armonía con el 272 dispone que

El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse. (...)

4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos. SNFT.

Por su parte el artículo 1 de la Le 42 de 1993, preceptúa que son sujetos de control fiscal “ (...) las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado”. SNFT.

Por tanto las resoluciones citadas se expedieron con base en ejercicio de una competencia otorgada por la Constitución y la Ley. En dichos actos se dispuso que las **filiales serían controladas fiscalmente a través de la casa matriz como**

sociedad aportante, es decir será realizado a la participación en la sociedad sujeta al control fiscal.

Por lo anterior es indiscutible que las inversiones realizadas por EPM en el exterior, deben ser objeto de control fiscal.

3.4 CONTROL FISCAL A LA CONTRATACIÓN ESTATAL. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL

La Corte Constitucional en Sentencia C-103/15⁷, expresó:

15. Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución. Tales rasgos se expresan, en primer lugar, en la extensión de los sujetos destinatarios del control, que no sólo comprende los diferentes niveles de la administración pública, sino que **abarca a todos los particulares y entidades, de carácter público o privado, que manejen fondos o bienes de la Nación.** SNFT.

17. Por último, la naturaleza del control fiscal **comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.** En tal sentido, esta Corporación ha señalado que “*contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisible. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.*”⁸
(...)

La Corte precisó que el control fiscal respecto de los contratos estatales “se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, **y después de su liquidación o terminación**”. SNFT.

Al Despacho no le queda duda que la INVERSIÓN realizada en Panamá es objeto de control fiscal, a través de la casa matriz EPM, y que las tesis contenidas en la sentencia anterior son plenamente aplicables al caso que nos ocupa. Lo anterior dado que el control fiscal abarca a todos los particulares y entidades, de carácter público o privado, que manejen fondos o bienes de la Nación, y la naturaleza del control fiscal

⁷ Citada en el Auto 320 del 22 d ejulio de 2022.

⁸ Sentencia C-1191 de 2000 (MP. Alfredo Beltrán Sierra), reiterado en la C-967 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.

Respecto al tema de la CADUCIDAD, el artículo 9 de la ley 610 de 2000 dispone:

ARTÍCULO 9º. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el del último hecho o acto. SNFT.

La Contraloría General de la República en Concepto OJ-152 Radicado 2016IE0074641 del 28 de Agosto de 2016, sostuvo:

4.2.3. Caducidad de la acción fiscal en los contratos de trato sucesivo.

En la misma línea interpretativa, que tiene el momento de la liquidación de los contratos de trato sucesivo como un hito para determinar la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio del Estado, se encuentra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2017, Radicación número: 85001-23-33-000-2014- 00051-01, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. María Elizabeth García González, la cual confirmó la decisión y argumentos del Tribunal de primera instancia⁹, sentencia en la cual se confirmó la responsabilidad fiscal de un funcionario por contratar sin observar los principios de economía y planeación, generando un mayor valor frente al precio del mercado, encontrando frente al criterio de caducidad que:

"De conformidad con la normativa antes transcrita, el fenómeno de la caducidad se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público. Y este hecho, en el caso sub examine, lo constituye el sobrecosto en que se incurrió en la referida contratación, que se evidencia o materializa en la fecha de liquidación del convenio de 22 de julio de 2005. SNFT.

En virtud de lo anterior, para la Sala no es acertado contabilizar en el presente caso el término de caducidad de la acción de responsabilidad fiscal a partir de la suscripción del Convenio Interadministrativo núm. 084 de 2002, sino desde el último acto,

⁹ "Por tal razón, acertó el Tribunal de primera instancia cuando consideró que dicha acción no se encontraba caducada y razonó de la siguiente manera: "... se trata de dilucidar cuándo se entiende efectivamente causado el daño patrimonial al Estado, para efectos de iniciar el cómputo del plazo para abrir la investigación de rigor, considerando que el Convenio Internacional núm. 084 de 23 de septiembre de 2002 fue liquidado el 22 de julio de 2005.

teniendo en cuenta que el hecho o acto generador del daño al patrimonio público, como ya se dijo, se materializa en ese momento. SNFT.

Ahora, como quiera que el último acto o hecho, esto es, el Acta de Liquidación del Convenio Núm. 084 de 2002 tuvo ocurrencia el 22 de julio de 2005, ello significa que, a partir de la ocurrencia de este hecho, la Contraloría General de la República tenía un máximo de cinco (5) años para ejercer la acción de responsabilidad fiscal.

La línea jurisprudencial del Consejo de Estado en torno al fenómeno de la CADUCIDAD en la acción ha sostenido:

Sentencia del 16 de marzo de 2017¹⁰.

De conformidad con la normativa antes transcrita, el fenómeno de la caducidad se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público. Y este hecho, en el caso sub examine, lo constituye el sobrecosto en que se incurrió en la referida contratación, que se evidencia o materializa en la fecha de liquidación del convenio de 22 de julio de 2005. SNFT.

(...)

Para la Sala no es de recibo este argumento, habida cuenta de que al analizar la parte motiva de las Resoluciones acusadas, se puede colegir que la Contraloría General de la República fue muy clara al señalar un único criterio fáctico de imputación, esto es, el sobrecosto, hecho dañoso que surge de una contratación de trato sucesivo, cuyo último acto fue el Acta de Liquidación del referido convenio, que se suscribió el 22 de julio de 2005. SNFT.

El anterior análisis realizado por el Ente de Control resulta también válido para precisar que la acción de responsabilidad fiscal, bajo estudio, no se encontraba caducada.

De otra parte el Decreto Legislativo 491 de 2020¹¹ aplicable al caso que nos ocupa prescribía en el artículo 6:

Artículo 6¹². Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa.

¹⁰ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017). REF: Expediente núm. 85001 23 33 000 2014 00051 00.

¹¹ Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica.

¹² Por medio de la Ley 2207 de 2022 de mayo 17. Por medio del cual se modifica el Decreto Legislativo 491 de 2020, se derogó el Artículo 3º. Deróguese el artículo 6º del Decreto Legislativo 491 de 2020.

Durante el término que dure la suspensión y hasta el momento en que se reanuden las actuaciones no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia. SNFT.

Sobre este tema. La Corte Constitucional en Sentencia C-242/20, por medio de la cual revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 491 de 2020 sostuvo:

6.148. En esta ocasión, esta Corporación evidencia que la autorización de suspensión de términos contemplada en el artículo 6º del Decreto 491 de 2020 supera la mencionada exigencia de proporcionalidad, porque persigue una finalidad legítima desde una perspectiva constitucional. (...) SNFT.

(...)

6.158. En cuarto lugar, esta Sala observa que la medida examinada tiene en cuenta que la suspensión de términos puede a llegar afectar los tiempos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la ley y, a efectos de evitar una vulneración al debido proceso, señala que los mismos no correrán durante el plazo en que se utilice la figura.

6.159. Por las anteriores razones, la Corte estima que el artículo 6º es conforme a la Constitución.

Según lo anterior, en el caso que nos ocupa, mientras duró la pandemia no corrieron los términos de caducidad, y por tanto deben restarse en el caso que nos ocupa para el cómputo de la misma.

3.5 EL CASO CONCRETO

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL RAD. N° 034-2018

Sobre este tema, obra en el expediente Informe Técnico, suscrito por el Líder de Proyectos William Jiménez Moreno¹³ el cual expresa:

De acuerdo a lo denotado con anterioridad, el cierre del proyecto por parte de las Empresas Públicas de Medellín, se da en agosto 25 de 2015, según acta 1599, es decir, aprueban y cierran los hechos financieros ocurridos en el proyecto a esa fecha, lo cual, cualquier acción u omisión del referido proyecto de parte de los responsables en contra del proyecto, debe tomarse como fecha de referencia del detrimento patrimonial. Folio 464. SNFT.

¹³ Memorando 1100-201900006595. Folio 457.

Por tanto, y contrario a lo sostenido por uno de los apelantes, no es equivocada la apreciación del Líder de Proyectos de Auditoría al indicar que el cierre del proyecto es del 25 de agosto de 2015, pues el término de caducidad es posible contabilizarlo desde que el Ente Control tuvo conocimiento del hecho generador, lo cual puede suceder incluso después de la liquidación del contrato, lo cual es coherente con lo sostenido por el Consejo de Estado en Sentencia del 9 de agosto de 2018¹⁴ :

En criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, incluso resultaba innecesario fijar tal fecha, en tanto que si la Contraloría tiene competencia para verificar las condiciones financieras de un contrato, aún con posterioridad a su liquidación, la que en el presente caso no existió, bien podía haber ejercido esa competencia a partir del momento en que se le puso en conocimiento la existencia de las irregularidades investigadas. Lo cual fue muy posterior al 25 de julio de 2001. SNFT.
(...)

Por lo anterior, como la Contraloría General de la República, expidió el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el 25 de julio de 2006, tomando como fecha de partida el 25 de julio de 2001, día en que la subcontratista firmó su acta de entrega, para la Sala no se configura la caducidad de la acción fiscal, razón por la que confirmará el fallo de primera instancia. SNFT.

Así las cosas, en el caso concreto los términos de caducidad no corrieron mientras duró la Emergencia Sanitaria, y si tenemos en cuenta como **hecho generador el 25 de agosto de 2015**, según el informe técnico (Folio 464) que obra en el proceso y los 248 días de suspensión por causa de la pandemia, la cual finalizó el 17 de mayo de 2022, se concluye que NO OPERÓ EL FENÓMENO JURÍDICO DE LA CADUCIDAD, tal como se ilustra a continuación:

¹⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000 23 24 000 2012 00195 01. Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Citada en el Auto 320 del 22 de julio de 2022. Folio 849.

CONCEPTO	FECHA	OBSERVACIONES
HECHO GENERADOR (Acta 1571 del 5 de noviembre de 2013). Cierre etapa construcción	25/08/2015	Informe técnico Folio 597 expediente
AUTO APERTURA	1/12/2020	Expediente Folio 504
Días transcurridos desde auto apertura	1.925,0	Sin descuento suspensión términos D.L 491/20
Años transcurridos desde auto apertura	5,3	Sin descuento suspensión términos D.L 491/20
INTERRUPCIÓN CADUCIDAD DESDE D.L 491/20	28/03/2020	D.L 491/20 art. 6 no corren términos de caducidad. C-242/20 Corte Constitucional
INTERRUPCIÓN CADUCIDAD HASTA: auto de apertura	248	Días a descontar por D.L 491/20. Derogatoria del art. 6 del D.L 491 de 2020 por la Ley 2207 del 17 de mayo de 2022
AÑOS INTERRUPCIÓN	0,7	
TIEMPO auto apertura-inicio suspensión D.L 491/20	4,7	NO OPERÓ CADUCIDAD

Elaboró: Oficina Asesora de Jurídica

Según los datos anteriores, han transcurrido 4.7 años desde el hecho generador de daño el auto de apertura, una vez hecho el descuento de los 248 días en virtud del D. L 491 de 2020. Por tanto a la fecha del auto de apertura no ocurrió el fenómeno de la caducidad.

Por otra parte, si tomamos como extremo inicial para la contabilización de los términos de la caducidad la certificación de EPM (Folio 345), en la cual indica que la entrada en operación del proyecto fue el 30 de abril de 2015, se tiene que la caducidad habría de operar sin suspensión de términos el 30 abril de 2020.

Ahora, si consideramos la suspensión de términos que se ordenó dentro del proceso mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020, véase folios 471 y 472, se tiene que produjo una suspensión de 43 días de la caducidad. Una vez reanudado los términos procesales de la actuación administrativa, cuestión que se produjo con la expedición del Auto 276 de 2020¹⁵, notificado el 28 de octubre de 2020, por estados, en esa fecha de notificación se continuó corriendo el término de caducidad para iniciar la acción fiscal.

¹⁵ Folios 488 al 490.

Así las cosas, se debe reiniciar el conteo de los 43 días de suspensión de la caducidad a partir 29 de octubre de 2020, extendiendo la facultad para iniciar la acción fiscal hasta el 10 de diciembre 2020.

Por tanto, es claro que al proferirse el auto de apertura del proceso el 1 de diciembre de 2020, se expidió dentro de los términos que contempla la Ley 610 de 2000.

Ahora, si inicia el conteo inicial desde la fecha que indica el informe Técnico realizado por el Líder de Proyectos William Jiménez Moreno, esto es desde el 25 de agosto de 2015, muchos menos se habrían producido los términos de la caducidad.

En todo caso debe considerarse que conforme al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, el término de caducidad “*empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de trato sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el del último hecho o acto*”.

En el caso que nos ocupa es aplicable dicha normativa pues la decisión de inversión de EPM reviste el carácter de continuado en el tiempo y por tanto la contabilización de la caducidad parte “*desde el del último hecho o acto*”.

Sobre este punto debe recordarse lo consignado en el Informe Técnico¹⁶:

De acuerdo a lo denotado con anterioridad, el cierre del proyecto por parte de las Empresas Públicas de Medellín, se da en **agosto 25 de 2015**, según acta 1599, es decir, aprueban y cierran los hechos financieros ocurridos en el proyecto a esa fecha, lo cual, cualquier acción u omisión del referido proyecto de parte de los responsables en contra del proyecto, **debe tomarse como fecha de referencia del detrimento patrimonial**. Folio 464. SNFT.

De otra parte la Ley 610 de 2000 establece que:

Artículo 40. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

ARTÍCULO 41. REQUISITOS DEL AUTO DE APERTURA. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.

¹⁶ Suscrito por el Líder de Proyectos William Jiménez Moreno

Según las disposiciones anteriores, el Ente de Control puede dar apertura al proceso cuando tenga establecidos preliminarmente 1) El daño patrimonial y 2) Indicios sobre posibles autores. Además puede decretar pruebas de oficio.

Ahora bien, si después de practicar las pruebas decretadas en el auto de apertura, se deduce que debe modificarse el valor del daño, o los presuntos responsables, o la modalidad de la conducta etc., ello es posible en el auto de imputación si hay lugar a ello. Pero ello no significa que se esté modificando el objeto de la investigación. Por ejemplo en el caso concreto los hechos se relacionan con los sobrecostos en la fase de ejecución del Proyecto Bonyic, los cuales no se han modificado.

De otra parte, los artículos 49 y 50 de la misma ley ordena notificar el auto de imputación para que los presuntos responsables presenten los argumentos de defensa frente a las imputaciones formuladas.

Como puede observarse, el presente proceso no ha llegado a la fase de imputación, y los investigados, aparte de que se les ha dado la oportunidad de intervenir e interponer recursos, todavía pueden hacer uso de derecho de defensa si el proceso llegare a fase de imputación.

El artículo 46 de la Ley 610 de 2000 establece que:

ARTÍCULO 46. DECISION. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso. SNFT.

Lo anterior significa que una vez culminada la fase de investigación, el funcionario instructor debe decidir si archiva el proceso o dicta auto de imputación. Ahora bien, una de las causales para el archivo es la caducidad¹⁷, por lo que en rigor el estudio y decisión sobre este aspecto, debería abordarse una vez culmine esta etapa procesal de investigación, pues el caso concreto reviste alta complejidad técnico-jurídica.

Debe observarse si tiene incertidumbre sobre la fecha del HECHO GENERADOR, lo que a su vez incide en el tema de la caducidad, aquel será objeto de precisión o fijación a partir de las conclusiones que arroje la etapa inicial de investigación y así lo considera el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal cuando dispone que una vez concluyan las diligencias de investigación el Ente de Control debe proferir

¹⁷ ARTÍCULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando (...) se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

auto de imputación de responsabilidad fiscal o por el contrario dictará auto de archivo, en el evento que encuentre que la “**acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad**”, lo cual no comporta irregularidad alguna, como se indicó anteriormente.

Es apenas natural, como garantía del derecho de defensa, que una vez se da apertura al proceso ordinario de responsabilidad fiscal se cite a los presuntos responsables para que rindan versión libre de los hechos, aporten o soliciten la práctica de pruebas con el propósito de obtener una decisión de archivo a su favor entre otras razones por haber acaecido el fenómeno de la caducidad, quién más que éstos para explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del evento objeto del proceso¹⁸.

En virtud de lo anterior, no comparte este Operador Jurídico los argumentos de los apelantes sobre la configuración del fenómeno de la caducidad, pues como se explicó, esta situación es materia de determinación por parte del Ente de Control para decidir si aún cuenta con la facultad de continuar con la actuación administrativa emitiendo el juicio de imputación de responsabilidad fiscal o contrario sensu lo indicado es archivar el trámite ante la imposibilidad de su continuación por la verificación de la caducidad de la acción fiscal.

Es cierto que el funcionario competente, en el momento de decidir si apertura el proceso de responsabilidad fiscal puede, ante la evidencia de la ocurrencia de la caducidad de la acción, tomar la decisión de no dar inicio al proceso, pero en el presente caso, según la evidencia analizada, no se observa que el aludido fenómeno jurídico haya ocurrido como se explicó precedentemente.

De otra parte, el Despacho comparte las apreciaciones de la Primera Instancia sobre el caso que nos ocupa. Ciertamente no se ha variado el objeto de investigación, pues se está en la etapa de investigación dentro de un proceso ordinario de responsabilidad fiscal. De otra parte no se observa en el expediente que se hayan modificado los hechos descritos en el hallazgo de auditoría.

El principio de congruencia es una garantía constitucional, aplica a partir de la imputación de responsabilidad fiscal. La congruencia se predica entre la imputación y el fallo de suerte que debe existir una relación de correspondencia en tres aspectos: 1) Personal: sujetos imputados, 2) Fáctica: identidad de hechos y circunstancias, y 3) Jurídica: correspondencia entre la calificación de los hechos y el fallo.

¹⁸ Tesis expuestas en el Auto 235 del 2018 por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, por medio del cual se decidió una solicitud de nulidad en proceso rad. 019-2015.

Según lo expuesto, y conforme a los postulados del control fiscal concluimos:

1. La Contraloría General de Medellín, tiene competencia para ejercer el control fiscal a las inversiones en Hidroecológica del Teribe S.A. conforme a las resoluciones de rendición de cuentas.
2. Según el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República es posible el control fiscal aún con posterioridad a su liquidación de los convenios o contratos.
3. Según la fecha de los hechos materia del proceso y lo prescrito en el Decreto Legislativo 491 de 2020, así como la Sentencia C-242/20, no se presenta el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal.
4. Estamos en presencia de un hecho de trato sucesivo como lo es un proyecto de inversión económica cuya duración se extiende en el tiempo y por lo tanto el control fiscal es posible realizarlo mientras esté en curso la inversión.

3.6 NULIDADES PROCESALES

Respecto de las nulidades, el artículo 36 de la Ley 610 de 2000 relaciona las causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal en los siguientes términos: "Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la **falta de competencia** del funcionario para conocer y fallar; la **violación del derecho de defensa** del implicado; o la comprobada existencia de **irregularidades sustanciales** que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso". SNFT.

En el caso concreto no observamos la configuración de ninguna de ellas así:

- **Falta de competencia:** ya que se explicó que la Contraloría General de Medellín es competente para adelantar el presente proceso, en virtud de los artículo 237, 268 y 272 de la Constitución, así como de las resoluciones expedidas por el Ente de Control sobre rendición y revisión de cuentas.
- **La violación del derecho de defensa del implicado.** A los investigados se les ha garantizado la comparecencia al proceso, así como el derecho a la defensa, se les ha notificado todas las decisiones que los afectan. En síntesis se les ha permitido ser oídas y hacer valer las propias razones y argumentos, así como de ejercitarse los recursos que la ley le otorga.

- **La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.** El Despacho no observa la presencia de ningún a irregularidad sustancial que haga necesaria decretar la nulidad de todo lo actuado en este Proceso Rad. 034-2018.

En mérito de lo expuesto, La Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones, NEGARÁ las solicitudes de nulidad de los Autos:

N° 320 del 22 de julio de 2022 el cual resolvió: “*DESESTIMAR las solicitudes de caducidad, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto*”;

N° 405 del 18 de agosto de 2022 el cual resolvió: “NEGAR el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022.”

N° 417 de 2022 el cual resolvió: “*NEGAR el Decreto de Nulidad desde el Auto No. 320 del 22 de julio de 2022.*”

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR lo decidido en los **Autos N° 417 del 22 de agosto de 2022 y Auto N° 405 del 18 de agosto de 2022**, dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal Radicado 034-2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior continuar con el trámite del proceso.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar por estado la presente decisión conforme al Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme el presente Auto, remítase el proceso a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



MARY LUZ ARROYAVE LONDOÑO

La Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor
General de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso Agudelo García-Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sigifredo Chavarriaga Sierra – Profesional Universitario 2



