

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 025 DE 2023

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° PRF 017 DE 2020.

Medellín, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia Consultada:	Auto N° 229 del veintiocho (28) de marzo de 2023 , por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado PRF 017 de 2020.
Entidad afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.- identificada con NIT 890.904.996-1.
Presuntos Responsables:	HÉCTOR VILLA OCHOA, identificado con la cédula 8.406.731, como Profesional C Gestión Proyectos e Ingeniería.
Garante vinculada:	Compañía de Seguros SURAMERICANA S.A. NIT. 890.904.996-1.
Hecho investigado:	Irregularidades en el Contrato CT 2015-002242 suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue "La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, se evidenció que se pagaron \$45.660.339 por un producto que conllevó a una análisis errado en el comparativo de los precios del mercado.
Cuantía:	Cuarenta y cinco millones seiscientos sesenta mil trescientos treinta y nueve pesos M/L (\$45.660.339).
Procedimiento:	Ordinario
Temas subtemas: y	Daño patrimonial / Certeza del daño patrimonial en el proceso de responsabilidad fiscal / Es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable / El daño patrimonial al Estado
Decisión:	CONFIRMA la decisión consultada. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor Distrital de Medellín en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 numeral 5, 272 inciso 5 de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; así como la Resolución 150 de 2021, modificada por la 482 de 2022, procede a conocer en Grado de Consulta la decisión de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado PRF 017 de 2020, adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva a través del Auto 229 del 28 de marzo de 2023.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La Contraloría Auxiliar de Auditoría EPM 3, Aguas y Saneamiento Básico, mediante Memorando 1106-202000001782 de febrero de 2020 remitió a La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal (Hallazgo N° 8, Observación 9), encontrado en Auditoría Regular a EPM, vigencia 2018, dicho hallazgo fiscal se concreta en lo siguiente:

"Irregularidades en el Contrato CT 2015-002242 suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue "La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, se evidenció que se pagaron \$45.660.339 por un producto que conllevó a una análisis errado en el comparativo de los precios del mercado

El consultor debía realizar las siguientes actividades, que permitieran satisfacer lo requerido así:

- *Elaborar el estimado de costos y precios para el proyecto "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS ASOCIADAS A LA AMPLIACIÓN DE LA PTAR SAN FERNANDO EN MEDELLÍN PARA EPM S.A. E.S.P." con presupuestación Clase II (+15% / -10%)*
- *Realizar estudio de mercado con el objeto de identificar posibles proveedores para el desarrollo del proyecto y establecer los estimativos presupuestales que permitan acotar el costo del proyecto.*

- Desarrollar las bases y consideraciones tenidas en cuenta para calcular del estimado CAPEX.
- Desarrollas los análisis de precios unitarios (APUs) para el proyecto.

Para lo cual entre los entregables el contratista aportó los documentos bases y consideraciones tenidas en cuenta para el cálculo estimado del CAPEX, el cual comprendió lo estimado de costos y precios para el proyecto, entre ellos, los costos indirectos de administración, en una cuantía de \$16.761.967.500, de los cuales la suma de \$8.661.048.571 correspondió al cómputo de los impuestos que se relacionan:

Cuadro 54. Estimación de costos de Impuestos:

DESCRIPCIÓN	IMUESTO [%]	BASE	BASE [COP]	VR TOTAL [COP]
IMPUESTOS				\$ 8.661.049.571,08
Impuestos de Industria y comercio (1%)	1,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.960.571,08
Impuesto de timbre (1%)	0,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.961.000,00
Impuestos Estampilla U de A. (1%)	1,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.961.000,00
Impuesto de retención en la fuente (4 X mil)	0,40%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 409.585.000,00
Impuesto de 4 x 1000	0,40%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 409.585.000,00
Procultura (1%)	1,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.961.000,00
Proanciano (1%)	1,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.961.000,00
Prohospital (1%)	1,00%	VALORTOTAL DEL CONTRATO	\$ 102.396.057.108,00	\$ 1.023.961.000,00
Impuesto de contribución especial (5% sobre la obra civil)	5,00%	VALOR OBRA CIVIL	\$ 33.962.272.846,00	\$ 1.698.114.000,00

Fuente: EPM. Elaboró: Equipo Auditor

De este cuadro se observa que SERINGTEC consideró unos impuestos que no fueron contemplados en la formulación en el Banco de Proyectos Grupo Empresarial Tipo P. “Ampliación Planta San Fernando”, como Timbre, Procultura, Proanciano y Prohospital, relacionados y que se cuantifican en el siguiente cuadro¹:

DESCRIPCIÓN	IMUESTO [%]	BASE	BASE [COP]	VR TOTAL [COP]
IMPUESTOS				4.665.206.000
Impuesto de timbre (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Impuestos Estampilla U de A. (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Impuesto de retención en la fuente (4 X mil)	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.585.000
Impuesto de 4 x 1000	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.585.000
Impuesto de contribución especial (5% sobre la obra civil)	5,00%	VALOR OBRA CIVIL	33.962.272.846	1.698.114.000

¹ Cuadro 55: Estimación de Impuestos según Circulares

Además en la Circular 2016-CIR-1520 de marzo 31 de 2016, la cual para el impuesto de timbre, Anexo 3 (informe de auditoría), informaba que desde el 1º de enero de 2010 ningún contrato de cuantía determinada o indeterminada causa impuesto de timbre, toda vez que la tarifa vigente es del 0%. Tampoco se debe permitir que se efectúe por parte de terceros retención de suma alguna por impuesto de timbre en los pagos por contratos en que la Empresa actúe como contratista o beneficiario del pago. Se evidenció que se pagaron \$45.660.339 por un producto que conllevó a un análisis errado en el comparativo de los precios del mercado".

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, determinó en el Auto de Apertura 416 del 27 de agosto de 2021 (folios 28 a 31 cuaderno 1), al siguiente:

- Señor **HECTOR VILLA OCHOA**, identificado con la cédula 8.406.731, como Profesional C Gestión Proyectos e Ingeniería.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.- identificada con NIT 890.904.996-1. Su naturaleza jurídica corresponde a una Empresa Industrial y Comercial del Estado: "Personalidad jurídica. La Empresa Industrial y Comercial del Estado EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio.

2.4. EL DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA.

El daño patrimonial ocasionado a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P., se estableció en el Auto de Apertura 416 del 27 de agosto de 2021 (folios 29 y 30 cuaderno 1), en la suma de **CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M.L. (\$45.660.339)**, por el pago de un producto que conllevó a un análisis errado en el comparativo de los precios del mercado.



2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

Como tercero civilmente responsable en el Proceso Radicado PRF 017-2020, se vinculó en el Auto de Apertura 416 del 27 de agosto de 2021 (folio 38 vto. y 39 cuaderno 1) a la Compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, identificada con el NIT 890.904.996-1, con ocasión de la expedición de la Póliza 0475631-6, por un valor asegurado de US\$102.000.000, con una vigencia de 30/06/2017 a 30/09/2018, y su renovación 30/09/2018 a 30/03/2021.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE Y PRUEBAS EN PRIMERA INSTANCIA.

- Por medio del Auto 173 del 28 de febrero del año 2020, se comisiona a un Abogado de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal radicado 017 de 2020, (Folio 1).
- Memorando 2020000001782 de la C.A.A.F. EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, en el cual adjuntan el traslado del hallazgo fiscal y anexan CD del material soporte del mismo. (Folio 2).
- Resolución 126 del 17 de marzo del año 2020, por medio del cual se suspenden términos en los procesos y actuaciones administrativas que se adelanten en la Contraloría General de Medellín entre el 18 de y el 31 de marzo del año 2020, como medida transitoria por motivos de salubridad pública. (Folio 8 y 9).
- Auto 225 por medio del cual se Acata lo ordenado por el Superior, del 17 de marzo del año 2020. (Folio 10).
- Resolución 143 del 27 de abril del año 2020, por la cual se suspenden términos dentro de las indagaciones preliminares fiscales, los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, disciplinarios y sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín. (Folios 12 a 15).
- Resolución 392 del 27 de abril del año 2020, por la cual se suspenden términos dentro de las indagaciones preliminares fiscales, los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, disciplinarios y sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín. (Folios 16 a 18).
- Auto 276 por medio del cual se Acata lo ordenado por el Superior, del 20 de octubre del año 2020. (Folios 19 y 20).

- Auto 074, del 10 de marzo del 2021, por medio del cual se comisiona a un Abogado de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 017 de 2020, (Fl 21).
- Auto 224, del 27 de mayo del 2021, por medio del cual se comisiona a un Abogado de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 017 de 2020, (Fl. 23).
- Auto 389, del 5 de agosto de 2021, por medio del cual se comisiona a un Abogado de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 017 de 2020, (Fl. 24).
- Auto 394, del 19 de agosto de 2021, por medio del cual se comisiona a un Abogado de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 017 de 2020, (Fl. 26).
- Mediante el Auto 416 del 27 de agosto de 2021, se Apertura un proceso de responsabilidad fiscal, debidamente notificado a la Entidad EPM, a los Presuntos Responsables y a la Compañía de Seguros Suramericana de Seguros S.A. (Fl. 28).
- Se cita a versión libre al señor Héctor Villa Ochoa, para 27 de octubre de 2021 (Fl. 41).
- Se cita a versión libre al señor Héctor Villa Ochoa, para 10 de marzo de 2022 (Fl. 57).
- CD De versión libre del señor Héctor Villa Ochoa y documento escrito, (Fl 63-85).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión objeto de revisión, se trata del **Auto 229 del 28 de marzo de 2023** (folios 126 a 144 cuaderno 1), por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del Proceso Radicado 017-2020, y en consecuencia la desvinculación del tercero civilmente responsable COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA S.A., identificada con el NIT 890.904.996-1; así como la remisión del expediente a esta instancia jerárquica con el fin de que se surta el Grado de Consulta de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

El A quo fundamentó la decisión en lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, pues señala que el daño patrimonial no existió y que los investigados no actuaron con el ánimo de defraudar las arcas públicas.

Entre los argumentos esgrimidos por parte de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva para sustentar el archivo del Proceso PRF 017-2020, se encuentran:

- En el contrato CT-2015-002242, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue "La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, de las pruebas arrimadas al proceso se evidenció que no se ocasionó ningún tipo de detrimento, ni menoscabo, ni disminución del patrimonio público, por cuanto se contrató a precios de mercado, se pagó lo efectivamente ejecutado y se cumplieron con todos los trámites, etapas y procedimientos contractuales, jurídicos, administrativos, financieros y técnicos.
- EPM actuó con diligencia y cuidado y que durante la etapa precontractual realizó los controles pertinentes, ajustados y correctos, y en tal medida trató la suscripción del Acta de Transacción con TICSA para la ejecución de las obras del proyecto Ampliación PTAR San Fernando. Dicho proceso estuvo dirigido por los acuerdos de Gobierno Corporativo, en la firma del acta de transacción con la filial TICSA.
- Es importante tener en cuenta que respecto del ACTA CONTRACTUAL para ampliar la Planta de San Fernando, como resultado del anterior estudio (SERINGTEC) entre EPM y la Filial TICSA, la Contraloría Distrital de Medellín, resolvió Grado de Consulta en proceso radicado 015 de 2020, mediante auto 017 de 2023.
- Analiza los elementos de la responsabilidad fiscal del artículo 5 de la Ley 610 de 2000, argumentando respecto al daño patrimonial que este es el elemento estructural de la Responsabilidad Fiscal, hace relación al menoscabo causado al patrimonio público, SIN EL DAÑO no puede imputarse a la administración o a un Gestor Fiscal en particular Responsabilidad Fiscal, es decir no habrá responsabilidad.

Bajo las anteriores consideraciones, la Primera Instancia sostuvo que en el proceso subexamine nos encontramos frente a la falta de dos de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, el daño y una conducta con dolo o culpa grave de los gestores fiscales, por lo que se encuentra mérito para proceder con el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado PRF 017-2020, con sustento en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República, y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia para “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de la responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272, en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018, y la Resolución 150 de 2021, modificada por la 482 de 2022, del Despacho del Contralor Distrital de Medellín.

En este orden de ideas, el Contralor Distrital de Medellín, goza de competencia para revisar en Grado de Consulta la decisión del *a quo* y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

4.2 EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (**Artículo 18 Ley 610 de 2000**).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce

la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”².

En virtud de lo dispuesto por el precitado Artículo, la decisión en grado de consulta, goza de un amplio margen de acción, como en efecto lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97, cuando disciplinó:

“Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie “sin limitación” alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesioná la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas y la justicia es fin esencial del Estado...” (rft).

En Sentencia T-587 de 2002, sostuvo el Juez Colegiado Constitucional:

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la Ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión de archivo de proceso de responsabilidad fiscal proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, a fin de establecer si se encuentran

² Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

acreditados o no, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que le sirvieron de sustento, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión escrutada.

4.3 PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales; partiendo de los argumentos argüidos por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente el auto de archivo, por cuanto los **hechos investigados no ocasionaron un daño patrimonial**, este Despacho establece como problema jurídico principal a determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario, admiten con suficiencia concluir que se encuentra plenamente acreditada esa causal de archivo del artículo 47 de la Ley 610 de 2000³. De la conclusión al problema planteado se desprenderá la decisión de confirmar el Auto de Archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la providencia de Primera Instancia, según corresponda. Lo cual dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación de la inexistencia del presupuesto en mención.

Para tal efecto, este Despacho, se ocupará de indagar si como consecuencia de la celebración y ejecución del Contrato CT 2015-002242, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos –SERINGTEC S.A.S. –, cuyo objeto consistió en “La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín” se generó un daño patrimonial a Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Para responder ese cuestionamiento y sustentar la decisión de este Grado de Consulta, se abordarán los siguientes temas: **4.4.1.** Objeto de la Responsabilidad Fiscal. **4.4.2.** La configuración de una de las causales de archivo contenidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000. **4.4.3.** Análisis caso concreto

³ Ley 610 de 2000. Artículo 47. Auto de Archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de **detrimento patrimonial** o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. NFT.



4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.4.1 OBJETO Y FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

A través del Proceso de Responsabilidad Fiscal se obtiene una declaración jurídica, en la cual se predica con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares, en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal que ha realizado, y que está obligado a reparar económicamente el daño causado al erario por su conducta dolosa o gravemente culposa (artículo 1 Ley 610 de 2000).

La responsabilidad que se declara es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público o de un particular o persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que le incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Es patrimonial, porque como consecuencia de su declaración el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Esta responsabilidad puede comprender desde la órbita de la gestión fiscal a los directivos de las entidades y demás personas que manejen o administren recursos o fondos públicos, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, desde la gestión fiscal o con ocasión de ésta o que contribuyan al detrimento público.

La responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio, su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular. Esto la distingue de las responsabilidades penal y disciplinaria. La responsabilidad fiscal no pretende castigar a quienes han causado un daño patrimonial al Estado sino que busca resarcir o reparar dicho daño.

Para corroborar este carácter indemnizatorio de la responsabilidad fiscal sólo hace falta consultar el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que a la letra dice:

"Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal"

mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”

En este mismo orden de ideas es una responsabilidad independiente de la disciplinaria y la penal. Por ello, una misma conducta puede dar origen a los tres tipos de responsabilidad - fiscal, penal y disciplinaria. La penal y la disciplinaria tienen un propósito concreto: castigar determinadas conductas que se consideran socialmente reprochables. La responsabilidad fiscal por el contrario sólo busca que el patrimonio público permanezca indemne. El propósito es indemnizatorio: quienes han causado un detrimento patrimonial al erario, deben repararlo.

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos, los cuales están consagrados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, como son:

- Una conducta dolosa o gravemente culposa que tiene que ser atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Sólo en el evento de que se reúnan estos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

Para mayor claridad, esta instancia analizará la acreditación de cada uno de estos elementos en el caso consultado:

• UNA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA ATRIBUIBLE A UNA PERSONA QUE REALIZA GESTIÓN FISCAL.

Para deducir la responsabilidad fiscal es necesario en efecto determinar si el detrimento que se causa al Patrimonio Público, fue ocasionado por actos u omisiones realizadas por el imputado en ejercicio de una gestión fiscal (artículo 3 de la ley 610 de 2000), antieconómica, ilegal, ineficiente o ineficaz, que atente o vulnere los principios rectores de la Función Administrativa contemplados entre otros en el artículo 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y de la Gestión Fiscal (artículo 3 de la Ley 610 de 2000). En términos generales es el incumplimiento de los cometidos Estatales.



Esta clase de responsabilidad puede comprometer a servidores públicos, contratistas y particulares que hubieren causado o contribuido a causar perjuicio, a los intereses patrimoniales del Estado.

La culpabilidad (dolo o culpa grave) hace referencia al actuar o proceder del servidor público o del particular que por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna o una gestión que no cumple con los cometidos y fines esenciales del Estado, ocasiona el daño patrimonial. Esta se entiende como la acción u omisión del servidor o particular, es decir, hace referencia a la conducta que se afirma, causa el daño a la entidad.

La Responsabilidad Fiscal sólo puede ser consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de los gestores fiscales o de quienes, con ocasión a esa gestión fiscal, contribuyan en la configuración de un detrimento patrimonial al Estado, sean servidores públicos o particulares. Para dichos efectos deberá entonces hacerse mención a los citados conceptos tal como los define el código Civil en el artículo 63.

- **UN DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.**

El daño patrimonial al Estado está definido en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 como:

"ARTÍCULO 6º. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público".

Según lo establecido en esa norma, el daño constituye la médula del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina colombiana.

Sobre este aspecto, ha sostenido el Consejo de Estado, cuando ha señalado entre otras:



*"cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimiento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000" por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurran estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado**" (Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01).*

En igual sentido el máximo Órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, indicó:

"(...) (i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.

*La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable **que se tenga 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, determinado o determinable "(Consejo de Estado, Sentencia del 1º de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (NFT).*

La Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de daño patrimonial como la órbita sobre la que circula la responsabilidad fiscal, cuestión que ha precisado en los siguientes términos:



En la Sentencia C- 840 de 2001⁴, preceptuó:

"(...) el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (...)"

Siendo contundente en afirmar:

"(...) De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad (...)" SNFT

En tanto que en la Sentencia C-619 de 2002⁵, desarrollando lo referente a la finalidad y naturaleza de la responsabilidad fiscal, manifestó lo siguiente:

"Igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado.

La responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo." - SNFT-

El daño es uno de los conceptos más elaborados y trabajados de la doctrina perteneciente a la responsabilidad contractual y extracontractual, motivo por el cual, son múltiples los autores que lo han querido abordar, con el objeto de determinar su límite y extensión.

Así tenemos como el doctor Tamayo lo define como "...el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima"; mientras que el profesor De Cupis señala que el daño no es más que un "...perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. Por su

⁴ Sentencia C-840 de 2001. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Expediente D-3389. 9 agosto de 2001.

⁵ Sentencia C-619 de 2002. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3873. 8 de agosto de 2002.

parte, el doctor Henao lo identifica como “...la aminoración patrimonial de la víctima”, y el tratadista Escobar Gil, lo determina como “...todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza.”

De esta forma tenemos, que, a pesar de la pluralidad de definiciones, todas ellas conservan unos elementos comunes los cuales se refieren al detrimento sufrido por el patrimonio de la víctima, como consecuencia de una acción u omisión ilícita generada por un tercero independiente a la víctima.

Así pues, podemos señalar que el daño es el menoscabo o detrimento producido al patrimonio de la persona natural o jurídica o, a la persona en su ser mismo, ya sea patrimonial o físico o, moral o extra patrimonial, por parte de un tercero, producto de una conducta ilícita.

Si bien existe una homogeneidad respecto al concepto del daño, no cabe duda que éste en materia fiscal contempla unos elementos especiales que lo diferencian del daño en materia penal o civil.

El daño tiene como características, la de ser cierto, esto es, que sea objetivamente verificable en relación inversamente proporcional con el denominado daño eventual, el cual no es indemnizable que sea especial, en relación con su origen; anormal, al no tomar en cuenta el desgaste natural de las cosas producto del paso del tiempo, y cuantificable por valorar económicamente el costo del perjuicio.

De la misma forma, la Doctrina ha sido reiterativa en considerar el daño como el primer elemento de la responsabilidad fiscal. Sólo después de estructurado y probado el daño se puede establecer los demás elementos, empezando por la conducta.

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en Concepto 0070A del 15 de enero de 2001, señaló sobre el daño:

“De los tres elementos anteriores, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Con esta lógica, el artículo 40 de la ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal...” (Subrayado fuera de texto).



En Concepto EE 9273, del 14 de febrero de 2006, de la Oficina Jurídica de la Contraloría sostuvo respecto al daño al patrimonio del Estado:

"Así mismo vemos que, la existencia del daño es condición de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, tal como consta en los artículos 40 y 41 de la Ley 610 de 2000 transcritos, de lo contrario, procederá el adelantamiento de una indagación preliminar por el término de seis (6) meses".

Allí mismo se afirma:

"Con base en la normatividad antes descrita la Oficina Jurídica realizó un estudio sobre el daño patrimonial al Estado, proferido mediante el oficio 0070A de 15 de enero de 2001, en el cual citaremos algunos aspectos relativos al objeto de su consulta, a saber: "IV. EL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. (...) 2. Certeza del daño. Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante". (Subrayado fuera de texto)

Siendo también importante mencionar del concepto al que hacemos referencia que:

"De otra parte, vale la pena citar la Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, Expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, en la cual la Honorable Corte Constitucional, precisó: "Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio". (Subrayado fuera de texto)

En el mismo concepto se manifestó:

"En este orden jurídico, el daño siempre estará representado en el menoscabo del patrimonio público cualquiera que fuere su connotación y para efectos de la imputación de la responsabilidad fiscal, el mismo debe darse en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta. Para la estimación del daño debemos acudir a los principios generales de la responsabilidad, por tanto, para valorarlo debe tenerse en cuenta que el mismo ha de ser cierto, especial, anormal, cuantificable y con arreglo a su real magnitud. Se entiende que el daño es cierto cuando aparece evidencia que la actuación u omisión del servidor público o particular ha generado una afectación al patrimonio público. Dicho en otras palabras, existe certeza del daño, cuando obra prueba que permita

establecer que existe un menoscabo de los dineros o bienes públicos, por tanto es viable cuantificar esa disminución patrimonial y endilgárselo a quien con su conducta activa u omisiva lo causó.”

Definido en abstracto el daño, más adelante esta instancia analizará si el mismo se encuentra o no estructurado en el proceso consultado.

- **UN NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA CONDUCTA:**

El nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa del sujeto que realiza gestión fiscal y el daño patrimonial, se orienta a establecer que para efectos del proceso de responsabilidad fiscal, se hace necesario que el servidor público o el particular (gestores fiscales) produzcan daño fiscal con dolo o culpa grave, y lo hagan sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante.

Así, entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa - efecto, de manera que el daño ocasionado al erario, sea el resultado de un comportamiento activo u omisivo del gestor fiscal.

De los 3 elementos de la responsabilidad fiscal señalados en el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, el más importante es el daño, sin no existe daño, no se puede imputar responsabilidad fiscal, y mucho menos fallar con responsabilidad fiscal.

4.4.2 LA CONFIGURACIÓN DE UNA DE LAS CAUSALES DE ARCHIVO CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 610 DE 2000.

En el caso sub-examine, se observa que el Operador Jurídico de la Primera Instancia apoya la decisión de proferir auto de archivo en la causal de que el hecho no es constitutivo de detrimiento patrimonial establecida en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 47. Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimiento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredeite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.” (Resaltado y subrayado del Despacho)



4.4.3 ANALISIS CASO CONCRETO

En el Auto de Apertura 416, del 27 de agosto 2021⁶, se señaló básicamente como hecho dañoso el siguiente:

"Irregularidades en el Contrato CT 2015-002242 suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue "La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, se evidenció que se pagaron \$45.660.339 por un producto que conllevó a una análisis errado en el comparativo de los precios del mercado"

El consultor debía realizar las siguientes actividades, que permitieran satisfacer lo requerido así:

- *Elaborar el estimado de costos y precios para el proyecto "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS ASOCIADAS A LA AMPLIACIÓN DE LA PTAR SAN FERNANDO EN MEDELLÍN PARA EPM S.A. E.S.P." con presupuestación Clase II (+15% / -10%)*
- *Realizar estudio de mercado con el objeto de identificar posibles proveedores para el desarrollo del proyecto y establecer los estimativos presupuestales que permitan acotar el costo del proyecto.*
- *Desarrollar las bases y consideraciones tenidas en cuenta para calcular del estimado CAPEX.*
- *Desarrollar los análisis de precios unitarios (APUs) para el proyecto.*

En el mismo se indicó más adelante:

Con todo ello, EPM tuvo unos posibles perjuicios patrimoniales causados por SERINGTEC como consecuencia del deficiente cumplimiento en la entrega de los precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el Análisis de Precios Unitarios (APUS) para los ítems indicados, sobre todo en los costos de administración, que sirvieron de referente para adjudicar y contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR San Fernando en Medellín con la filial TICSA COLOMBIA, contrato CT-2013-002297-A402, por considerarlo por debajo del precio del mercado, de acuerdo a precios globales, relación que se hace en el siguiente cuadro:

⁶ Véase folios 28 al 36.

Cuadro 56: Resultados globales.

FIRMA	COSTOS DIRECTOS	AU(%)	TOTAL CD+AU (SIN IMPUESTO)	IMPUESTOS	TOTAL CON IMPUESTOS
TICSA	\$ 83.927.230.371	24,27	\$ 99.633.460.000	\$ 4.662.072.377	\$ 104.295.532.377
EPM	\$ 83.853.908.789	24,42	\$ 99.610.280.520	\$ 4.739.083.580	\$ 104.349.364.100
SERINGTEC	\$ 81.199.720.584	28,05	\$ 95.868.421.731	\$ 8.873.410.000	\$ 104.741.831.731

Elaboró: Equipo Auditor⁷

En relación con los “*posibles perjuicios*” estima este Despacho, como se advirtió, en precedente, el daño debe ser cierto y por lo tanto no es dable en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal de hablar de daños hipotéticos. Ello por cuanto el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal. Y como ha señalado la jurisprudencia <<el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante^{7>>}”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha dicho en relación con el daño:

“*Más exactamente, el daño eventual no es resarcido, ‘por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad’ (cas. civ. sentencias de 5 de noviembre de 1998, exp. 5002, 9 de agosto de 1999, [S-033-99], exp. 4897), y en estrictez, en tanto no se puede profetizar ni conocer razonablemente su ocurrencia, es decir, su existencia es una simple conjectura, descartando per se, incluso la simple posibilidad de su acaecimiento. Tal es el caso, de los simples sueños, hipótesis, suposiciones, fantasías e ilusiones carentes de todo margen razonable de probabilidad objetiva en su acontecer.*”

En contraposición con lo expuesto en el hallazgo con incidencia fiscal, este Operador Jurídico en Grado de Consulta colige, que el daño se determinó en términos *posibilidad y condicionado a que el supuesto error incurrido en el contrato de “Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la*

⁷ Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, Expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín”, acaeciera o repercutiera en la estimación del valor del contrato que celebraría Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para la construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, objeto de la referida asesoría, en cuyo caso sería allí donde se evidenciaría la lesión patrimonial.

Efectivamente, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. celebró el contrato Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, con su Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo objeto fue la “*Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando*”, por un valor de \$104.295.552.637.

El referido contrato Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, a su vez, fue objeto de hallazgo fiscal, que posteriormente dio lugar, también al Proceso de Responsabilidad Fiscal 015 – 2022,⁸ de acuerdo a la siguiente descripción:

“Analizados los documentos y actuaciones que soportan la etapa precontractual del acta de transacción CT-2013-002297-A402, suscrita entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P., Y LA Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo Objeto fue -Construcción de las obras y suministros, Instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando-, se encontró que ésta se suscribió por un valor de \$104.295.532.637, en atención a que la cotización entregada por TICSA, era más económica que los estudios de mercado elaborados directamente por EPM y por la firma externa, INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS (SERINGTEC S.A.S), en virtud del contrato CT-2015-002242, según consta en el documento que contiene los estudios de precios de mercado para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, elaborado en noviembre de 2017 y suscrito por el Director Proyectos Agua, saneamiento, Gas y Locativos PASGLO 1, (ver cuadro 43, informe definitivo de Auditoría).”

⁸ Véase folios 149 al 165. Auto 017, del 13 de abril de 2023, por medio del cual se resuelve el Grado de Consulta del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. 015 de 2020.



Contraloría

Distrital de Medellín

Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado PRF 017 de 2020
Auto N° 025 del 05 de mayo de 2023.

RESUMEN				TICSA ACTUALIZACIÓN Noviembre 2017			EPM ACTUALIZACIÓN 14-09-2017			SERINGTEC 12-09-2017	
				USD	COP	%	USD	COP	%	USD	COP
Equipamiento	\$11.421.181	\$35.611.243.142	42,43%	\$11.358.223	35.414.940.662	42,23%	\$11.548.885,41	\$36.009.424.709			
Instrumentación y control	\$1.471.788	\$4.589.035.733	5,47%	\$1.567.630	4.887.895.284	5,83%	\$1.856.375,47	\$5.788.178.708			
Obra civil	\$12.263.698	\$38.238.210.461	45,66%	\$12.175.508	37.963.234.278	45,27%	\$11.229.988,23	\$35.015.103.305			
Obra Eléctrica	\$642.555	\$2.003.486.808	2,39%	\$641.437	2.000.000.000	2,39%	\$346.220,62	\$1.079.515.884			
Obra Mecánica	\$653.459	\$2.037.485.976	2,43%	\$678.690	2.116.155.420	2,52%	\$590.602,30	\$1.841.497.980			
Pruebas y Puesta en Marcha	\$110.832	\$345.574.461	0,41%	\$112.663	351.282.851	0,42%	\$134.701,73	\$420.000.000,00			
Gestión Ambiental y Social	\$353.494	\$1.102.193.789	1,31%	\$359.333	1.120.400.294	1,34%	\$335.471,46	\$1.046.000.000			
Gasto Financiero	\$625.271	\$1.949.593.473	2,32%	\$635.599	1.981.798.588	2,36%	\$636.577,29	\$1.984.848.000,00			
Seguros y fianzas	\$462.157	\$1.441.005.199	1,72%	\$469.791	1.464.807.652	1,75%	\$404.811,42	\$1.262.202.000,00			
(A) Supervisión y Gestión	\$1.796.489	\$5.601.452.788	6,67%	\$1.796.489	5.601.452.788	6,68%	\$1.579.677,20	\$4.925.433.500			
(U) Utilidad	\$2.153.361	\$6.714.178.430	8,00%	\$2.151.479	6.708.312.703	8,00%	\$2.083.456,59	\$6.496.217.647			
Subtotal	\$31.954.284,88	\$99.633.460.260,46		\$31.946.850,71	99.610.280.520		\$30.746.767,71	\$95.868.421.730,72			
COSTOS DIRECTOS	\$26.917.008	\$83.927.230.371		\$26.893.492,24	83.853.908.789		\$26.042.245,22	\$81.199.720.584			
ADM.+GASTOS FIN.+SEGU Y FIAN.	\$2.883.916	\$8.992.051.460		\$2.901.079,10	9.046.059.026		\$2.621.065,91	\$8.172.483.500			
UTILIDAD	\$2.153.361	\$6.714.178.430		\$2.151.479,38	6.708.312.703		\$2.083.456,59	\$6.496.217.647			
IMPUESTOS	\$1.495.212	\$4.662.072.377		\$1.519.911,35	4.739.083.580		\$2.845.865,94	\$8.673.410.000			
TOTAL	\$33.449.497	\$104.295.532.637		\$33.466.762,06	104.349.364.100		\$33.692.633,66	\$104.741.831.731			

Fuente; EPM. Elaboró Equipo Auditor

Del examen practicado a los valores de los estudios de mercado, se pudo observar que el ítem de impuestos, debidamente calculado por TICSA, determinó que el valor contenido en la cotización que realizó, fue menor que el presentado por SERINGTEC en sus análisis, lo que incidió en la suscripción del acta de transacción debido a que SERIGTEC calculó los impuestos en la suma de \$8.873.410.000, presentando una desviación del 90.33% respecto a TICSA en la suma de \$4.211.337.623 y del 87,24% respecto a EPM, en la suma de \$4.134.326.420 respectivamente. (Cuadro 44, Informe Auditoría), -como se presenta a continuación:-

Cuadro 44. Valor Global Referentes del Mercado

FIRMA	COSTOS DIRECTOS	AU(%)	TOTAL CD+AU (SIN IMPUESTO)	IMPUESTOS	TOTAL CON IMPUESTOS
TICSA	\$ 83.927.230.371	24,27	\$ 99.633.460.000	\$ 4.662.072.377	\$ 104.295.532.377
EPM	\$ 83.853.908.789	24,42	\$ 99.610.280.520	\$ 4.739.083.580	\$ 104.349.364.100
SERINGTEC	\$ 81.199.720.584	28,05	\$ 95.868.421.731	\$ 8.873.410.000	\$ 104.741.831.731

Fuente: EPM. Elaboró: equipo auditor.

Del anterior cuadro se extrae que SERIGTEC consideró unos impuestos que no fueron contemplados durante la formulación en el banco de Proyectos Grupo Empresarial P "Ampliación Planta San Fernando", como los impuestos de Timbre, Procultura, Proancianato y Prohospital. Impuestos que no fueron aplicados ni por EPM en su estudio de precios del mercado, ni por la Filial TICSA en su cotización, pues los impuestos que estas dos empresas calcularon, correspondían con los estimados en la formulación del proyecto contenida en el Banco de Proyectos Grupo Empresarial, situación que se refleja en el siguiente cuadro (ver cuadro 45, Auditoría).

Cuadro 45. Discriminación de los impuestos (SERINGTEC)

DESCRIPCIÓN	IMPUESTO [%]	BASE	BASE [COP]	VR TOTAL [COP]
IMPUESTOS				8.661.049.571
Impuestos de industria y comercio (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.960.571
Impuesto de timbre (1%)	0,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Impuestos Estampilla U de A. (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Impuesto de retención en la fuente (4 X mil)	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.585.000
Impuesto de 4 x 1000	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.585.000
Procultura (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Proanciano (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Prohospital (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.961.000
Impuesto de contribución especial (5% sobre la obra civil)	5,00%	VALOR OBRA CIVIL	33.962.272.846	1.698.114.000

Fuente: EPM. Elaboró: equipo auditor.

El hecho descrito se debe a que en la realización de los Estudios de Precios del mercado para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, en los que se analizó los precios presentados por la firma externa SERIGTEC, no se verificó que los impuestos calculados por la firma, no eran aplicables al contrato a suscribir por EPM, denotando una deficiencia en los controles que la Entidad debe llevar en la etapa precontractual, ocasionándose una afectación a sus recursos por contratar con una de sus filiales con sobrecosto, vulnerando el principio fiscal de economía, entendido en el artículo 8 de la ley 42 de 1993. Por consiguiente, se configura un hallazgo Administrativo con presunta incidencia fiscal.

Es así como los análisis de SERINGTEC, al incluir impuestos que no correspondían al contrato, como los de Timbre, Procultura, Proancianato y Prohospital, fueron contrarios a las disposiciones normativas. Con respecto al impuesto de timbre, la Circular 2016-CIR-1520 de marzo 31 de 2016, Anexo 3, informaba que desde el 1 de enero de 2010 ningún contrato de cuantía determinada o indeterminada causa impuesto de timbre, toda vez que la tarifa vigente es del 0%. Tampoco se debe permitir que se efectúe por parte de terceros retención de suma alguna por concepto de impuesto de timbre en los pagos por contratos en que la empresa actúe como contratista o beneficiario del pago. (SFT) veamos cuadro 46.

Cuadro 46. Discriminación de los impuestos (Igualdad a TICSA y EPM)

DESCRIPCIÓN	IMUESTO [%]	BASE	BASE [COP]	VR TOTAL [COP]
IMPUESTOS				4.565.203.241
Impuestos de industria y comercio (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.960.571
Impuesto de timbre (1%)	0,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	0
Impuestos Estampilla U de A. (1%)	1,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	1.023.960.571
Impuesto de retención en la fuente (4 X mil)	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.584.228
Impuesto de 4 x 1000	0,40%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	409.584.228
Procultura (1%)	0,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	0
Proanciano (1%)	0,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	0
Prohospital (1%)	0,00%	VALOR TOTAL DEL CONTRATO	102.396.057.108	0
Impuesto de contribución especial (5% sobre la obra civil)	5,00%	VALOR OBRA CIVIL	33.962.272.846	1.698.113.642

Con relación a los Impuestos de Procultura, Proancianato y Prohospital, se encuentra que no son gravámenes contenidos en el Estatuto Tributario de Medellín, sino en el Estatuto Tributario del Municipio de Itagüí, contenido en el Acuerdo 030 de diciembre de 2012, que en los artículos 137 y 141, señala que el hecho generador es la celebración de contratos, sus prórrogas o adiciones, con el Municipio de Itagüí, sus Entidades Descentralizadas del nivel municipal, la Contraloría General Municipal, el Concejo y la Personería Municipal.

Del anterior análisis, se constata que al precio presentado por SERINGTEC, en cuanto al rubro "IMPUESTOS", se le debe restar la suma de \$4.095.844.000 correspondiente a los impuestos de Timbre, Procultura, Proancianato y el de Prohospital, por las razones expuestas, y conservando los mismos impuestos que consideró EPM y TICSA en su cotización, lo que arroja el valor real de los impuestos, que ascienden a la suma de \$4.565.205.571, mostrando así el valor total de SERINGTEC de \$100.433.624.972, tal como se describe en el siguiente cuadro:

Cuadro 47. Precios referentes en Igualdad de condiciones

TICSA ACTUALIZACIÓN Noviembre 2017			EPM ACTUALIZACIÓN 14-09-2017			SERINGTEC 12-09-2017		
RESUMEN	USD	COP	%	USD	COP	%	USD	COP
Equipamiento	\$11.421.181	\$35.611.243.142	42,43%	\$11.358.223	35.414.940.662	42,23%	\$11.548.885,41	\$36.009.424.709
Instrumentación y control	\$1.471.788	\$4.589.035.733	5,47%	\$1.587.638	4.887.895.284	5,83%	\$1.856.375,47	\$5.788.178.708
Obra civil	\$12.263.698	\$38.238.210.461	45,56%	\$12.175.508	37.963.234.278	45,27%	\$11.229.988,23	\$35.015.103.305
Obra Eléctrica	\$642.555	\$2.003.486.808	2,39%	\$641.437	2.000.000.000	2,39%	\$346.220,82	\$1.079.515.884
Obra Mecánica	\$653.459	\$2.037.485.976	2,43%	\$678.690	2.116.155.420	2,52%	\$590.602,30	\$1.841.497.980
Pruebas y Puesta en Marcha	\$110.832	\$345.574.461	0,41%	\$112.663	351.282.851	0,42%	\$134.701,73	\$420.000.000,00
Gestión Ambiental y Social	\$353.494	\$1.102.193.789	1,31%	\$359.333	1.120.400.294	1,34%	\$335.471,46	\$1.046.000.000
Gasto Financiero	\$625.271	\$1.949.593.473	2,32%	\$635.599	1.981.798.588	2,36%	\$636.577,29	\$1.984.848.000,00
Seguros y fianzas	\$462.157	\$1.441.005.199	1,72%	\$469.791	1.464.807.652	1,75%	\$404.811,42	\$1.262.202.000,00
(A) Supervisión y Gestión	\$1.798.489	\$5.601.452.788	6,67%	\$1.796.489	5.601.452.788	6,68%	\$1.579.677,20	\$4.925.433.500
(U) Utilidad	\$2.153.361	\$6.714.178.430	8,00%	\$2.151.479	6.708.312.703	8,00%	\$2.083.456,59	\$6.498.217.647
Subtotal	\$31.954.284,88	\$99.633.460.260,45		\$31.946.850,71	99.610.280.520		\$30.746.767,71	\$95.868.421.730,72
COSTOS DIRECTOS	\$26.917.008	\$83.927.230.371		\$26.893.492,24	83.853.908.769		\$26.042.245,22	\$81.199.720.564
ADM.+GASTOS FIN+SEGU Y FIAN.	\$2.883.916	\$8.992.051.460		\$2.901.879,10	9.048.059.028		\$2.621.065,91	\$8.172.483.500
UTILIDAD	\$2.153.361	\$6.714.178.430		\$2.151.479,38	6.708.312.703		\$2.083.456,59	\$6.498.217.647
IMPUESTOS	\$1.495.212	\$4.662.072.377		\$1.519.911,35	4.739.083.580		\$1.464.144,72	\$4.565.203.241
TOTAL	\$33.449.497	\$104.295.532.637		\$33.466.762,06	104.349.364.100		\$32.210.912,43	\$100.433.624.972

Conforme con lo expuesto, se puede evidenciar que el valor cotizado por TICSA se encuentra por encima de los precios estimados por SERINTEG en sus análisis, los cuales representaban en comparación con los de EPM, el menor costo en igualdad de condiciones, encontrándose una diferencia por encima de \$3.861.905.335, incumpliendo los lineamientos establecidos en la Guía para la celebración de actas de interacción, transacción e intervención en el marco de precios intragrupo, que dice:

“2.1. Metodología de precios

Los «precios intragrupo» son aquellos que se aplican a las transacciones en las que se suministren bienes o se presten servicios entre compañías nacionales e internacionales, pertenecientes al Grupo EPM. Los precios derivados de las transacciones efectuadas entre empresas del grupo deben garantizar la generación de valor, mediante una definición de costos razonables que permita establecer precios competitivos en el mercado.

De dicho análisis se evidenció la valoración y cuantificación de unos impuestos que no habían sido considerados ni por EPM, ni por TICSA en su precio referente tales como: el de Timbre, el de Procultura, el de Proancianato y el de Prohospital.

En estas circunstancias, no se podían comparar los tres referentes porque no estaban en igualdad de condiciones, por consiguiente tampoco se podía garantizar que había precios comparativos en el mercado. (Ver cuadro de respuesta de EPM, al informe preliminar de la Auditoría)

FIRMA	COSTOS DIRECTOS	COSTOS INDIRECTOS	TOTAL
TICSA	\$ 83.927.230.371	\$ 20.368.302.266	\$ 104.295.532.637
EPM	\$ 83.853.908.789	\$ 20.495.455.311	\$ 104.349.364.100
SERINGTEC	\$ 81.199.720.584	\$ 23.542.111.147	\$ 104.741.831.731

Fuente: respuesta de EPM a observación n° 2 del informe preliminar.

Se equivoca EPM en su apreciación al manifestar que: "El análisis de SERINGTEC es válido y, en consecuencia, también el valor obtenido en el estudio para el techo del rango (+19%), lo cual quiere decir que, cualquier ítem incluido el de impuestos, puede corregirse hasta obtener un valor total de la referencia de \$124.511.687.365.", en razón a que ello da lugar a confusión al grupo auditor porque el análisis comparativo de los referentes se tomó, como ellos mismos lo manifiestan en la argumentación, con el costo base P50 en la suma de \$104.741.831.731.

Para el equipo auditor no es lógico que se pueda colocar cualquier impuesto, puesto que va en contravía de la regulación que tiene EPM, y tampoco está de acuerdo con lo que manifiesta la entidad de que esto no importa y que si no es aplicable a ella se puede ir sumando, porque el estudio de SERINTEC dio un techo alto de \$124.511.687.365. La Circular 2016-CIR-1520 de marzo 31 de 2016, Anexo 3, fue clara al informar que desde el 1 de enero de 2010 ningún contrato de cuantía determinada o indeterminada causa impuesto de timbre. (SFT) y aún más cuando en el "Banco de Proyectos Grupo Empresarial Formulación de Proyectos de Infraestructura y Mejora Operacional Tipo P" "Ampliación Planta San Fernando", no se establecieron los impuestos que correspondían a Timbre, Procuraduría, Proacianato y Prohospital".

Así las cosas, y teniendo en cuenta, que el elemento daño patrimonial motivo del presente proceso –PRF 017 DE 2020– dependía del posible perjuicio que se le ocasionaría a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. con la celebración del contrato Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, con su Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo objeto fue "Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando", por un valor de \$104.295.552.637; necesariamente será relevante verificar qué ocurrió y qué desenlace tuvo el proceso –PRF 015 DE 2020– que se inició con el hallazgo fiscal que se transcribió, precisamente, por tal detrimento.

En este sentido, es de acotar que este Despacho mediante el Auto 017, del 13 de abril de 2023, por medio del cual se desató el Grado de Consulta del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. 015 de 2020, que fuera objeto de archivo por ausencia de daño fiscal, por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y



Jurisdicción Coactiva, resolvió confirmar la decisión adoptada por esta dependencia de la Contraloría Distrital de Medellín.

En el aludido Grado de Consulta se esgrimieron los siguientes razonamientos, en relación con el elemento daño, para confirmar la decisión consultada:

"Se tiene que en dicho informe se puede aseverar que el valor presentado por TICSA se encuentra en el rango de mercado, ubicándose en un valor levemente inferior al resultado de los estudios de mercado adelantado por EPM y por la firma externa SERINGTEC, cumpliéndose así con los lineamientos –establecidos en la Guía para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención– para determinar el precio en las negociaciones entre los miembros del Grupo Empresarial EPM.

De otro lado, y en relación a que se pudiera haber presentado un sobrecosto en el ítem de impuestos, ello por cuanto la referencia del precio realizada por SERINGTEC contempló unos tributos que no le eran aplicables al contrato a suscribir por EPM, encuentra este Despacho en Grado de Consulta, que no es un argumento lo suficientemente sólido para predicar la existencia de un sobrecosto y en consecuencia, un daño patrimonial.

Y, esto es así en tanto que existe el suficiente material probatorio que da cuenta de que se realizaron los referenciamientos del caso; que, como ya se mencionó, se dio cumplimiento a los lineamientos establecidos en el marco de precios intragrupo –Guía para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención–; y que de acuerdo con la metodología aplicada, que tenía como objetivo establecer si el valor global propuesto por la empresa del grupo –TICSA– el precio del contrato o negociación se encontraba dentro de un valor razonable de mercado.

E inclusive, descontando el mayor valor calculado por concepto de impuestos, observado en el referenciamiento realizado por firma SERINGTEC, el precio acordado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad TICSA –filial del Grupo Empresarial– se encontraba en el rango de mercado auscultado a partir de los referenciamientos.

Además, es claro que los valores referenciales que se tomaron para suscribir el acuerdo entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad TICSA –filial del Grupo Empresarial– no eran propuestas vinculantes, sus valores no eran absolutos, y las mismas solo constituyeron un criterio para aproximarse a un valor de mercado, que, como se explicó precedentemente, esta instancia considera razonable y expresión de una conducta coherente con una disposición adecuada de los recursos públicos.

Resulta importante, hacer referencia en cuanto a que en la celebración del Acta de Acuerdo entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad TICSA –filial del Grupo Empresarial– no se presentó irregularidad alguna y de contera ningún



sobrecosto, por cuanto se cumplió con el deber de hacer un referenciamiento del mercado. Todo ello en sujeción con los lineamientos impuestos en la Guía para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención, como efectivamente se realizó tal y como quedó acreditado con el material probatorio reseñado anteriormente.

Sobre la importancia de sondar el mercado, el Consejo de Estado en Sentencia del 10 de marzo de 2005, de cara a la protección a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público⁹, indicó:

“[...] se pretende entonces, que la selección se haga a “...la propuesta más económica, aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer ‘las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello’ (art.29)...”¹⁰

Quiere ello decir que si un contrato estatal se celebra con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnera estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no sólo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva, por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnerarán los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público¹¹.

Adicionalmente, sobre este concepto (**sobrecosto o sobreprecio**)¹², el máximo Órgano de Cierre en materia contencioso administrativa se ha pronunciado en cuanto a su reprochabilidad en los siguientes términos¹³:

“(...)

⁹ Consejo de Estado, providencia de 10 de marzo de 2005, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-01195-01, actor: Juan Carlos Mora Peñuela y Mauricio Izquierdo Arguello, Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁰ Cita es original: BENAVIDES, José Luis; El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. 1^a ed., 2002. pg. 279.

¹¹ Cita es original: “...por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales” Sentencia Sección Cuarta, del 31 de mayo de 2002. Expediente No. 25000-23-24-000-1999-9001-01

¹² La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tratado estos dos conceptos sin realizar distinción alguna.

¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970392401 (18.293)



Así pues, el sobrecosto o sobreprecio resulta censurable porque no tiene justificación frente a la realidad del mercado y los análisis de las variables que inciden en los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por la administración y que de concretarse en una adjudicación o contrato se opone a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por ende, a los fines perseguidos con la contratación pública (Art. 3º ibid.), dado que representa adquirirlos o pagarlos a precios significativamente superiores a los ofrecidos por otros agentes o distribuidores del mercado, lo cual genera una lesión patrimonial a la entidad, derivada de una gestión contractual irregular que evidencia una omisión en la etapa precontractual, especialmente, en materia de los estudios económicos de la futura contratación.

Por consiguiente, si se supera en forma exagerada y sin justificación alguna atendible el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no solo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva (L. 80/931 art. 29) por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnera el patrimonio público, y por esa vía, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que rigen la contratación pública (arts. 24, 25 y 26 ejusdem). Con todo, se precisa que los sobrecostos que se reprochan, están circunscritos a aquellos que se ofertan y se aceptan en los procesos de selección y luego se pactan como precio al inicio o al nacimiento del contrato y que se presentan como la diferencia injustificada, inusitada y desproporcionada, entre el umbral del precio que fija el mercado y el precio fijado en la propuesta recibida por la entidad estatal y luego convenido en el contrato; por tanto, no se refiere a eventos tales como los mayores gastos e inversiones que por diferentes causas podría soportar un contratista en la ejecución del objeto contractual y que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal, cuya licitud, reconocimiento o resarcimiento se deben analizar de acuerdo con las circunstancias en que hayan acaecido, según el régimen de responsabilidad y bajo el principio del equilibrio económico del contrato. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Siendo de esta manera, el estudio de mercado de referencia entregado por TICSA válido, ya que se encuentra en un rango de precios y se ajusta a los –precios competitivos en el mercado–.

*Llegado hasta aquí, y del análisis del expediente, esta Instancia Superior advierte que para la suscripción del **Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402** – celebrada entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA – se atendió la normatividad contractual interna establecida por EPM, en el Acuerdo de Gobierno de año 2013 de conformidad con la Guía Interna para la Celebración de Actas de Interacción,*

Transacción, e Intervención; que se cumplió con los requerimientos establecidos de obtener previamente tres (3) referenciamientos para fijar unas condiciones de mercado; y que los valores acordados con TICSA, se encontraba dentro del rango de mercado investigado.

Consecuente con lo anterior, no se advierte ningún sobrecosto como lo estimó el equipo auditor en su hallazgo con incidencia fiscal y que diera origen a este proceso de responsabilidad.

*En resumen, el daño patrimonial al que alude el equipo auditor, en criterio del Despacho no se materializó, puesto que los aludidos referenciamientos no serían considerados valores definitivos, toda vez que no constituyan una propuesta oficial o económica, y simplemente sirvieron de base para moverse en un margen para proceder a la suscripción del **Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402**, entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, actuación que como fue examinada se encuentra justificada en la normatividad contractual interna, establecida por EPM, en el Acuerdo de Gobierno de año 2013.*

Precisado lo anterior, y de cara al problema jurídico planteado, considera esta Superioridad Jerárquica que los medios de convicción, debidamente recaudados y valorados en primera instancia y en este grado consultivo, comportan la idoneidad, pertinencia y capacidad de demostrar que en el sub examine el presunto daño patrimonial no se materializó, y por lo tanto no es dable predicar su existencia.”

Con lo que se lleva dicho hasta aquí, se concluye que a pesar de la inconsistencia presentada en el Contrato CT 2015-002242 suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.), cuyo alcance fue “*La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín*”, no se alcanzó a afectar la determinación o fijación del precio de mercado para la celebración del posterior contrato Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, con su Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo objeto fue la “*Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando*”, y en consecuencia ningún menoscabo del patrimonio se le ocasionó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Aseveración que se desprende de las razones expuestas el Auto 017, del 13 de abril de 2023, por medio del cual se desató el Grado de Consulta del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. 015 de 2020, transcritas ampliamente en precedencia.

De consumo con lo planteado, resulta claro que “*La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de*



precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín” debía servir como referenciamiento para determinar el valor del contrato Acta de Transacción CT-2013-002297-A402, y, éste, cumplió dicho propósito, por cuanto la inconsistencia advertida por el equipo auditor acerca del error en la determinación de los impuestos aplicables resultó irrelevante por la metodología empleada para realizar el cálculo de la estimación de precios y el valor global del contrato para la “Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando”.

Ahora, veamos las condiciones del contrato CT 2015-002242, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue “*La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín*”, a partir de las pruebas recaudadas en el trámite del proceso se evidencias las siguientes situaciones relevantes:

- El presunto implicado señor **Héctor Villa Ochoa**, (folio 63 a 85), en la versión libre, refiriéndose a la forma como el contratista Seringtec S.A.S., elaboró el presupuesto para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, sostuvo:

“(...) Este presupuesto clase II está soportado en la práctica recomendada por la AACE Internacional (Asociación Americana de Ingeniería de Costos) No. R-97 Sistema de Clasificación para Costos Estimados (...) cuya metodología utiliza el cálculo de costos estimados con un rango de precisión esperado de acuerdo con el grado de maduración del proyecto (...)

(...) el consultor Seringtec S.A.S., desarrollo el objeto del requerimiento No. 4 bajo los lineamientos de la clasificación sugerida por el contratante, entregando el presupuesto encargado con una variación de -10%+19%, el cual se encuentra entre los porcentajes establecidos por la metodología para presupuestación clase II, esto es, dentro del rango -5% y +20%.

(...) el equipo del proyecto que hacia parte de la Dirección de Proyectos, aguas, saneamiento, gas y locativos 1 de EPM, conceptuó que el producto presentado por el consultor Seringtec S.A.S cumplía con las exigencias técnicas y presupuestales, recibiendo a satisfacción el producto entregado y autorizando el respectivo pago.

Cabe destacar que, según lo informado por el equipo del proyecto, la revisión del presupuesto entregado se hizo de forma global, ya que también el contrato de ampliación de la PTAR de San Fernando se haría a precio global

(...) el monto investigado se encuentra incorrectamente liquidado, en la medida en que, el valor de \$45.660.339, que es la cifra estipulada por el órgano de control como menoscabo económico, corresponde al valor total contratado con la firma Seringtec para la realización del requerimiento No. 4, el cual comprendió no solo la estimación del Capex, dentro del cual se debían determinar los costos indirectos de la administración del contrato, sino también conllevaba a la realización de otros estudios y análisis que fueron debidamente desarrollados y entregados por el contratista a satisfacción. (...)

- Sobre este mismo asunto, obra en el expediente la declaración juramentada de señor **MARIO PELAÉZ VALENCIA** (folio 108 a 111), en calidad de Líder Ejecución Proyecto Ampliación Planta de San Fernando, respondió lo que sigue:

“¿Qué quiere decir el menos 10 y el más 19%?

R/a Es el rango, el menos 10 es el valor mínimo del valor obtenido por la valoración del proyecto de SERINGTEC y el más 19 es como el techo, el valor máximo, entonces ellos dicen que entre uno y otro cualquier valor que este en ese rango es correcto.

¿Vamos a tocar otro tema, como los precios globales, pero también es importante aclarar por qué razón seguía siendo competitivo en cuanto al tema de los impuestos?

R/a El análisis de SERINGTEC nunca arroja un único valor, si no que arroja un rango de valores y nosotros para el análisis consideramos un número central que se llama Percentil 50, pero igual pudo haber sido el promedio, el promedio es más alto que el percentil 50, está alrededor de 109 millones de pesos y el percentil 50 era 104 mil 700 millones. (...)

¿La auditoría revisó y cogió el ítem de los impuestos donde estaba el error, en donde la Contraloría determinó que no debieron haber pagado esa plata a SERINGTEC, porque el estudio que hizo perjudicó a EPM pues hizo cometer un error a la empresa por contratar a TICSA por ese valor, Que me puede decir del estudio que hizo SERINGTEC, por el cual EPM contrató a su filial por un valor que la referencia de SERINGTEC no fue aceptada, caso concreto del estudio por el cual pagó la suma de, 45.660.339, que es el presunto detrimento patrimonial?

R/a. Yo entiendo su pregunta, para mi SERINGTEC hizo un estudio serio, con conocimiento y acogido a unas normas internacionales, las cuales son



aceptadas por varios países y llego a un rango de valores permitido por la misma norma , ese rango de valores a nosotros no nos afectó, cuando hay un rango de valor quiere decir que hay un margen de error del precio final , ya que estamos hablando de muchos números para un análisis se puede equivocar uno en cualquier número, pero como la norma dice que uno se puede equivocar y que humanos somos y que una valoración de un proyecto se obtiene de muchas maneras, inclusive con valores que se pueden ir des actualizando, con valores conservadores, con juicios de expertos, dependiendo del estado de madurez del proyecto, del diseño, se define el rango de valores, como aquí estábamos hablando de un rango de valores y cualquier número dentro de ese rango, para el análisis, se trabajó sobre el percentil 50 y mostro una desviación, que al restarle esos impuestos, queda por debajo del valor por el que se pactó con TICSA pero no saca a TICSA de los precios competitivos del mercado porque la desviación era muy pequeña, la conclusión y el análisis del estudio de mercado no se afectó con ese error en los impuestos , porque como se tomó el percentil 50, se pudo trabajar con el promedio o el techo y aun así seguiría TICSA siendo el que mejor estudio de mercado presentó, SERINGTEC llegó a un valor con un margen de error en mi forma de ver las cosas la desviación no afectó el estudio del mercado para contratar con TICSA.” (SNFT)

- La estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín, contratados con SERINGTEC, no se trató de cotizaciones, ni de ofertas por parte de firma alguna, solo fueron referenciamientos que permitieron establecer un rango de precios del mercado inicial para el contrato, y que permitieron establecer si el valor propuesto por TICSA (filial del Grupo EPM, y entidad pública) estaba dentro de ese rango, y es por eso, por lo que, en este tipo de procesos, se presentan tres referenciamientos como mínimo.
- Existe el suficiente material probatorio que da cuenta de que el hecho, que SERINGTEC haya considerado unos impuestos improcedentes, esa circunstancia no afectó el análisis del estudio de mercado, porque EPM aplicó el percentil 50 y a este se le resta el valor cualquier tributo. Y el estudio del mercado realizado por SERINGTEC contaba con un margen entre 94.675.107.859 (piso) y \$124.511.687.365 (techo), y el valor del acta de transacción suscrita con TICSA fue por \$104.744.831.731, es decir, estuvo muy por debajo de dicho techo, conservando los precios competitivos del mercado y en ese valor no quedaron los impuestos descritos por el equipo auditor.



Inclusive, descontando el mayor valor calculado por concepto de impuestos, observado en el referenciamiento realizado por firma SERINGTEC, el precio acordado entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad TICSA – filial del Grupo Empresarial– se encontraba en el rango de mercado auscultado a partir de los referenciamientos.

Precisadas las reseñadas situaciones relevantes en relación con el contrato CT 2015-002242, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. e Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.) y en especial todo lo referente al requerimiento 4, cuyo alcance fue “*La Asesoría para analizar la estimación de precios unitarios, bases y consideraciones para la estimación del CAPEX y el análisis de precios unitarios (APU) para los ítems indicados para contratar la construcción de las obras asociadas a la ampliación de la PTAR, San Fernando de Medellín*”, nuevamente llega a la conclusión esta Superioridad Jerárquica que los medios de convicción, debidamente recaudados y valorados en primera instancia y en este grado consultivo, comportan la idoneidad, pertinencia y capacidad de demostrar que las posibles falencias que se pudieron presentar en el producto entregado por SERINGTEC en virtud del aludido contrato de asesoría no tuvieron la potencia causal de ocasionar un detrimento patrimonial a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en condición de contratante.

En resumen, quedó demostrado en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal 015 de 2020, que ningún detrimento se le generó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. con la celebración del contrato Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, con su Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo objeto fue “*Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando*”, por un valor de \$104.295.552.637, como consta en auto de Grado de Consulta 017 de 2023¹⁴.

Y adicionalmente, la falencia incurrida en el producto entregado por la firma asesora –Ingeniería y Servicios Técnicos (SERINGTEC S.A.S.)– al estimar un valor por concepto de impuesto, que no se causaban, no desvirtúa la totalidad ni la validez de los estudios que correspondían al objeto contractual pactado, en tanto el alcance del contrato fue:

“De acuerdo con lo anterior, el consultor debe realizar las siguientes actividades, que permitan contratar las obras asociadas a la ampliación de la PTAR San Fernando:

¹⁴ Véase folios 149 al 165. Auto 017, del 13 de abril de 2023, por medio del cual se resuelve el Grado de Consulta del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado No. 015 de 2020.



- *Elaborar el estimado de costos y precios para el proyecto "CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS ASOCIADAS A LA AMPLIACIÓN DE LA PTAR SAN FERNANDO EN MEDELLÍN PARA EPM S.A. E.S.P." con presupuestación Clase II (+15% / -10%)*
- *Realizar estudio de mercado con el objeto de identificar posibles proveedores para el desarrollo del proyecto y establecer los estimativos presupuestales que permitan acotar el costo del proyecto.*
- *Desarrollar las bases y consideraciones tenidas en cuenta para calcular del estimado CAPEX.*
- *Desarrollar los Análisis de Precios Unitarios (APUs) para el proyecto."*

Finalizando, es menester detenerse para advertir que sin la concurrencia del elemento daño patrimonial no es posible que surja la responsabilidad fiscal, ya que el daño o detrimento patrimonial al Estado y su certeza en cuanto a su existencia como elemento integrante de la responsabilidad fiscal, y el cual consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala o inadecuada gestión fiscal.

Así las cosas, ante la ausencia del elemento daño patrimonial al Estado, necesariamente la suerte de proceso deberá ser su archivo. En primer lugar, por disposición del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que ordena:

"Artículo 47. Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, **que no es constitutivo de detrimento patrimonial** o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredeite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma." (Resaltado fuera de texto)

Según el precepto anterior, habrá lugar, (mandato legal) a proferir Auto de Archivo cuando se acredeite alguna de las causales señaladas en la anterior disposición, dentro de las cuales destacamos la inexistencia del daño patrimonial.

En segundo lugar, el artículo 48 de la misma Ley expresa que el funcionario competente proferirá Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal cuando: 1) Esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados; 2) Estén acreditados los elementos





constitutivos de la responsabilidad fiscal¹⁵ y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000 permite concluir, que si una vez adelantada la labor investigativa por el Ente de Control, se constata que no existen los medios probatorios que acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso (obligatoriamente) a favor de los investigados.

Es así que al no evidenciarse un daño patrimonial como elemento *sine qua non* para avanzar en la imputación como lo dispone el artículo 48 de Ley 610 de 2000, necesariamente se impone el archivo del proceso por esta segunda razón.

Bajo estas consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la Primera Instancia para terminar las presentes diligencias, no queda alternativa diferente que proceder a **CONFIRMAR el Auto 229 del 28 de marzo de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado **017 DE 2020**.

Se advierte, que si después de proferido el Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto, el Contralor Distrital de Medellín,

RESUELVE.

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 229 del 28 de marzo de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado PRF 017 de 2020**, por las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR que si posterior a la firmeza del Auto objeto de consulta en el presente acto administrativo, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado, o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba

¹⁵ (i) La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) Un daño patrimonial al Estado; y (iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

falsa, se procederá la reapertura del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR POR ESTADO la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

ARTÍCULO CUARTO: En caso de haberse decretado medidas cautelares se ordena el levantamiento de las mismas.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE

PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Liliana María Álvarez Gómez - Profesional Universitaria 2

