

## DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

**AUTO N°013 DE 2023**

### **POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 002 DE 2018**

Medellín, ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

<b>Providencia Consultada:</b>	Auto 099 del 2 de febrero de 2023, por medio del cual se ordenó el archivo del <b>Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 002 de 2018</b> .
<b>Entidad Afectada:</b>	Instituto Social de Vivienda y Hábitat –ISVIMED–, entidad descentralizada, adscrita al Municipio de Medellín, con NIT. 900.014.480-8.
<b>Presuntos Responsables:</b>	<b>CONINSA RAMÓN H. CIA. S.A.</b> , NIT 890911431-1, Contratista de Diseños. <b>ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA</b> , con cédula 71.798.324, en calidad de director del ISVIMED. <b>MARÍA EUGENIA LOPERA</b> , identificada con cédula 43.639.656 <b>DIEGO RESTREPO ISAZA</b> , identificado con cédula 71.704.377, en calidad de Director del ISVIMED. <b>IVÁN DARIO SÁNCHEZ HOYOS</b> , identificado con cédula 71.737.060 <b>INSERCO S.A.</b> , Contratista de la obra. <b>GUTIÉRREZ DÍAZ Y COMPAÑÍA S.A.</b> , Contratista Interventor de la obra.
<b>Garantes Vinculados:</b>	<b>LA PREVISORA DE SEGUROS S.A.</b> , NIT 860005100-2 <b>AXA SEGUROS COLPATRIA S.A.</b> , NIT 8600021874-6 <b>ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA</b> , NIT 860524654-6. <b>GENERALI DE COLOMBIA SEGUROS</b> , NIT 8600048756 <b>ALLIANZ SEGUROS S.A.</b> , NIT 860026182-5. <b>ASEGURADORA COLSEGUROS</b> , NIT 860.026.182-5 <b>MAFRE SEGUROS GENERALES</b> , NIT 891.700.037-9
<b>Hecho Investigado:</b>	Irregularidades presentadas en el Proyecto Construcción por el sistema de administración delegada de 424 unidades de vivienda de intereses social prioritario (tipo VIP) en altura, denominado Montaña B-8 y Mirador de la Cascada dentro del Proyecto Pajarito, que consistieron en los atrasos a la no entrega a tiempo de los diseños o paquetes técnicos de las obras, lo que generó retrasos constantes en la ejecución de la obra, por lo que se occasionó un incremento de los valores iniciales del proyecto y variaciones en el alcance físico de las obras, toda vez, que causó modificación o desplazamiento del sitio de trazado inicialmente propuesto para la formulación del proyecto, demoras en el plazo de entrega final de los diseños, al igual que generó actividades adicionales y obra extra no contemplada inicialmente.
<b>Cuantía:</b>	SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$691.580.088).
<b>Procedimiento:</b>	Ordinario
<b>Temas y Subtemas:</b>	Principio de planeación ligado al principio de economía en la contratación estatal / Término de caducidad se contabiliza a partir del hecho generador del daño patrimonial / Cómputo del término caducidad para presuntos

	responsables vinculados con posterioridad al auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal / Calidad de gestor fiscal / Presupuestos o elementos de dolo o culpa grave son necesarios para proferir auto de imputación.
<b>Decisión:</b>	<b>CONFIRMA Y ACLARA DECISIÓN CONSULTADA.</b> Se ordena devolución del expediente al despacho de primer grado para que se proceda con las correspondientes actuaciones de rigor procesal, lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

## I. OBJETO A DECIDIR

El Subcontralor, en asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín, de acuerdo a Resolución 0262 del 07 de marzo de 2023, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto 099 del 2 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del **Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 002 de 2018**.

## II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

### 2.1. HECHO INVESTIGADO

La presente investigación tiene su génesis en el Memorando N° 047728-201700012082<sup>1</sup>, en el que el que el Contralor Auxiliar de Auditoría Fiscal de Obras Civiles corrió traslado a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal, consistente en unas presuntas irregularidades que se presentaron en el Proyecto Construcción por el sistema de administración delegada de 424 unidades de vivienda de interés social prioritario (tipo VIP) en altura, denominado Montaña B-8 y Mirador de la Cascada dentro del Proyecto Pajarito.

El hallazgo en mención fue descrito por el Equipo Auditor en los siguientes términos<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Folio 2.

<sup>2</sup> Folio 168 vuelto

*"Se puede establecer una clara responsabilidad de los atrasos a la no entrega a tiempo de los diseños o paquetes técnicos de las obras, lo que ha generado retrasos constantes en la ejecución de la misma (...).*

*Según la Cláusula Segunda, Inciso B Numeral 1 de la minuta del Contrato de Fideicomiso en donde se establece que: "Suministrar en forma oportuna toda la información que sea necesaria para la ejecución de la obra 8 planos, especificaciones, diseños debidamente conciliados" a la fecha de este informe no se ha cumplido a cabalidad.*

*Por lo que esta condición ocasionó un incremento de los valores iniciales del proyecto y variaciones en el alcance físico de las obras, toda vez, que causó modificación o desplazamiento del sitio de trazado inicialmente propuesto para la formulación del proyecto, demoras en el plazo de entrega final de los diseños, al igual que generó actividades adicionales y obra extra no contemplada inicialmente, así mismo, la suspensión actual del proyecto, conllevando con ello a un mayor valor del mismo, incumpliendo con los términos establecidos en el Numeral 4º del artículo 25 "Principio de Economía", de la Ley 80 de 1993, el principio de planeación concordante con el artículo 87 "Maduración de Proyectos" de la Ley 1474 de 2011, vulnerando con ello los principios de la gestión fiscal de economía, eficiencia y eficacia consagrados en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993 (...), por lo tanto, se configura un hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria y fiscal tasado en **\$691.580.088.**"*

Sendas irregularidades consistieron entonces, en los atrasos producto de la no entrega a tiempo de los diseños o paquetes técnicos de las obras, lo que generó retrasos constantes en la ejecución de la obra, por lo que se ocasionó un incremento de los valores iniciales del proyecto y variaciones en el alcance físico de las obras, toda vez, que causó modificación o desplazamiento del sitio de trazado inicialmente propuesto para la formulación del proyecto, demoras en el plazo de entrega final de los diseños, al igual que generó actividades adicionales y obra extra no contemplada inicialmente.

## 2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el **Auto de Apertura N°007 del 16/01/2018** y su **Adición Auto N°782 del 22/10/2019**, se vincularon como presuntos fiscalmente responsables a los siguientes:

- **CONINSA RAMÓN H CIA S.A.**, con NIT 890911431-1, Contratista de Diseños
- **ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA**, con cédula 71.798.324, en calidad de director del ISVIMED.
- **MARÍA EUGENIA LOPERA**, con cédula 43.639.656
- **DIEGO RESTREPO ISAZA**, con cédula 71.704.377, en calidad de Director del ISVIMED.

- **IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS**, con cédula 71.737.060
- **INSERCO S.A. NIT**, en calidad de contratista constructor de la obra.
- **GUTIÉRREZ DÍAZ Y COMPAÑÍA S.A.**, en calidad Contratista Interventor de la obra.

## 2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como entidad afectada se identificó al establecimiento público del orden municipal el Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín –ISVIMED–, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creado por el Acuerdo Municipal No. 11 de 2004 y transformado por el Acuerdo Municipal No. 52 de 2008, como Fideicomitente (aportante) y Beneficiario del patrimonio autónomo conformado en el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2-MONTAÑA B8 y MIRADOR DE LA CASCADA, en cuya ejecución se presentó el detrimento patrimonial investigado.

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

El daño patrimonial ocasionado al Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín –ISVIMED–, se encuentra determinado por irregularidades en la planeación del proyecto Pajarito PA2-MONTAÑA B8 y MIRADOR DE LA CASCADA, el cual fue ejecutado dentro del Fideicomiso suscrito entre el ISVIMED y Alianza Fiduciaria S.A., para la ejecución del Macroproyecto de Viviendas de Interés Social (VIP) Pajarito, cuya vocera y encargada de la Contratación era Alianza fiduciaria. Encontrándose que se suscribieron al mismo tiempo el contrato de obra y el de interventoría, junto con el contrato de estudios y diseños, lo que llevó a que por falta de planeación se dieran unos sobrecostos de acuerdo al informe de la interventoría del contrato de obra, GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A., por valor de SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL OCHENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$691.580.088).

## 2.5. COMPAÑÍAS GARANTES VINCULADAS – TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

En el Auto de 484 del 14 de agosto del 2018 y el 010 del 22 de enero de 2019 que corrige<sup>3</sup>, se vincularon como terceros civilmente responsables a las Compañías Aseguradoras la **Previsora de Seguros S.A.**, con Nit. 860005100-2; **AXA Seguros Colpatria**, con Nit. 8600021874-6; y **Aseguradora Solidaria de Colombia**, con Nit. 860524654-6; **Generali de Colombia Seguros**, Nit 8600048756; **Allianz Seguros**

<sup>3</sup> Folios 500, 545, 549

S.A., Nit 860.026.182-5; **Aseguradora Colseguros**, Nit 860.026.182-5; y **Mapfre Seguros Generales**, Nit 891.700.037; en virtud de las pólizas 1010136, 1017108, 6158011240 y 520-87-994000000008, respectivamente.

## 2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante Auto 007 de 16 de enero de 2018, se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 002 de 2018 (Folios 385 a 389).
- El 14 de agosto de 2018, se profirió Auto 484 por medio del cual se vinculan a las Compañías Aseguradoras, La Previsora y Colpatria. (Folios 500 a 503).
- El 17 de diciembre de 2018, se emite Auto 782, por medio del cual se decide sobre solicitud de archivo pedido por la apoderada de CONINSA RAMON H.
- El 22 de enero de 2019, se emite Auto 010 por medio del cual se corrige y se vincula unas compañías de seguros.
- El 22 de octubre de 2019, mediante Auto 782 se adiciona el Auto 007 del 16 de enero de 2018, y se vinculan unos presuntos responsables, señores Diego Restrepo Isaza, Iván Darío Sánchez Hoyos, INSERCO S.A., Gutiérrez Díaz y Compañía S.A. (Folios 776 a 782)
- Mediante Auto 099 del 13 de febrero de 2023, se ordenó el **ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 002 de 2018 a favor de CONINSA RAMÓN H, NIT 890911431-1; ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, identificado con cédula 71.789.324; MARÍA EUGENA LOPERA, identificada con cédula 43.639.656; DIEGO RESTREPO ISAZA, identificado con cédula 71.704.377; IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, identificado con cédula 71.737.060; INSERCO S.A. y GUTIÉRREZ DÍAZ Y COMPAÑÍA S.A.; y como consecuencia de esa decisión, se ordenó la desvinculación de las compañías de seguros: LA PREVISORA, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., ASEGUARADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, GENERALI DE COLOMBIA SEGUROS, ALLIANZ SEGUROS S.A., ASEGUARADORA COLSEGUROS y a MAPFRE SEGUROS GENERALES (Folios 1037 a 1083).
- Mediante Memorando 1200 – 202300001636 del 16 de febrero de 2023, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordena la remisión del expediente al Despacho del Contralor Distrital de Medellín, para que se surta el grado de consulta y según constancia secretarial de esa misma fecha, el expediente es

recibido en el Despacho del Contralor Distrital de Medellín para que se surta el grado de consulta (Folios 1086 a 1087).

### III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata del **Auto 099 del 13 de febrero de 2023**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva **ORDENÓ EL ARCHIVO** del proceso y como consecuencia de ello, ordenó la **DESVINCULACIÓN** de las compañías aseguradoras vinculadas en calidad de terceros civilmente responsables<sup>4</sup>.

Para arribar a tal decisión, el Operador Jurídico de la Primera Instancia inició un recorrido fáctico y jurídico, entre otros aspectos que rodearon el Convenio Interadministrativo celebrado el 27 de junio de 2012, entre el Municipio de Medellín y el Ministerio de Vivienda, en virtud del cual el ISVIMED participaría con la construcción y asignación de diez mil (10.000) viviendas, distribuidas en diferentes proyectos de la ciudad, algunos de ellos ubicados en el MACROPROYECTO PAJARITO MEDELLÍN, como lo son los proyectos denominados: "La Montaña Bloque 8 y 9", "Mirador de la Cascada", "Cucaracho Mixto", "Tirol II", y "Tirol III", entre otros proyectos.

Acto seguido, procedió a valorar probatoriamente cada una de las versiones libres rendidas por los implicados para luego pasar al análisis de que si se cuenta con los presupuestos fácticos y jurídicos para continuar con la actuación o por el contrario se encuentra en la obligación de proceder al archivo del proceso de responsabilidad fiscal conforme a las circunstancias previstas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

En dicho análisis, abordó aspectos tales como:

- i) La figura contractual a través de la cual se desarrollaron los proyectos habitacionales Montaña B8 y Mirador de la Cascada (fiducia mercantil) y sus implicaciones en relación con los recursos públicos allí inmersos, para tener claridad en cuanto a la competencia de este Órgano de Control Fiscal.
- ii) La delimitación fáctica y temporalmente el hecho generador del daño, para efectos del análisis de la caducidad y los elementos de responsabilidad fiscal, y
- iii) La figura de contrato de obra por administración delegada.

<sup>4</sup> Folios 196 a 202

Analizados tales tópicos y luego de realizar presiones sustanciales sobre las figuras jurídicas de la fiducia mercantil y el patrimonio autónomo, se pronunció sobre la competencia de este organismo de control fiscal para adelantar la presente investigación, señalando al respecto:

*“(...) no cabe duda que la Contraloría General de Medellín (hoy distrital), ostentaba la competencia para efectuar el control de la totalidad de los recursos inmersos en el proyecto de carácter municipal, pues tanto el Municipio de Medellín, como el ISVIMED, quien fungió como fideicomitente y beneficiario en el contrato de fiducia, y es un establecimiento público de Medellín, de acuerdo a las disposiciones constitucionales transcritas, son sujetos de vigilancia de la Contraloría de Medellín.”*

En cuanto a la delimitación temporal del hecho generador del daño patrimonial, estableció que este no se remonta a la fecha de ocurrencia del daño, es decir al período correspondiente al 2013, sino que es anterior a la suscripción del contrato de administración delegada para construcción, entre Alianza Fiduciaria y la Empresa Pórticos S.A. advirtiendo que es precisamente en la etapa precontractual, en la que se deben planear y efectuar los estudios y diseños requeridos para la nueva obra. En tal sentido precisó, que teniendo en cuenta que realmente los estudios y diseños se requieren definitivos para el inicio de la obra, se tendría como fecha final de planeación, la fecha de inicio del contrato de administración delegada para construcción, celebrado el **21 de febrero de 2013**, entre INSERCO S.A. y Alianza Fiduciaria, con Acta de inicio del 26 de abril de 2013.

Por lo anterior, el funcionario de primer grado concluyó que las deficiencias evidenciadas por el equipo auditor en la planeación del contrato de obra de los proyectos Montaña B8 y Mirador De La Cascada, se presentaron entre el **26 de octubre de 2012 y el 26 de abril de 2013**, estableciendo ésta última fecha como la delimitada temporal y fácticamente del hecho generador del daño que dio lugar al traslado del hallazgo con incidencia fiscal.

Partiendo de esa fecha (26 de abril de 2013), y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, pasó entonces a analizar el fenómeno de la caducidad en el caso concreto, señalando al respecto:

*“(...) el Auto Apertura 007 fue proferido el día **16 de enero de 2018**, lo que indica que a esa fecha aún no había operado el fenómeno de la caducidad, en relación con aquellas personas allí vinculadas (Coninsa Ramón H. S.A., Adrián Felipe Becerra y María Eugenia Lopera), no obstante con posterioridad, mediante el Auto 782 del **22 de octubre de 2019**, se adicionó el auto de apertura, vinculando a DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARIO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A., la Firma Constructora INSERCO S.A. fecha para la cual **la caducidad** ya había operado en relación con los nuevos vinculados.*

*Esto teniendo en cuenta que si bien el Auto de Apertura se profirió desde el 16 de enero de 2018, en estricto sentido este no producía efecto algo respecto a los señores: DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A., la Firma Constructora INSERCO S.A., a quienes les siguió corriendo el término de la caducidad contado desde el hecho generador del daño, **pues respecto a ellos no había apertura alguna que lo interrumpiera**, por lo que cumplidos los cinco (5) años antes de la adición de la apertura y su vinculación, este ente de Control Fiscal había perdido competencia para ejercer la acción fiscal en relación con los mencionados señores.” (Negrita original del auto consultado)*

Para llegar a tal determinación, el inferior jerárquico dijo apoyarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>5</sup> y en Concepto con Radicado CGR-OJ- -2022 80112 del 19 de diciembre de 2022, a través del cual la Contraloría General de la República, resuelve consulta sobre los presuntos responsables vinculados con posterioridad al auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, concluyendo así que no es posible emitir pronunciamiento de fondo en relación con los señores **DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A., la Firma Constructora INSERCO S.A.**, siendo procedente proferir auto de archivo, en los términos del artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

En cuanto a los restantes sujetos procesales, los cuales consideró si fueron vinculados oportunamente –antes de que operara el fenómeno de la caducidad– se pronunció en los siguientes términos:

En relación a la empresa **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, en calidad de contratista de Diseños, consideró que su actuación no era constitutiva de gestión fiscal, toda vez que en relación con la decisión de contratar o no de manera simultánea estudios y diseños y la obra constructiva, la empresa CONINSA RAMÓN H. S.A., en calidad de contratista de Diseños, no tenían ninguna incidencia, acorde con su pacto contractual, que se limitaban en su orden a la realización de los estudios y diseños del proyecto, y de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Fiducia Mercantil que definía claramente los actores involucrados en las decisiones. Por tal motivo, procedió al archivo respecto a este, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

En igual sentido, consideró que **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE** tampoco tuvo una participación como gestora fiscal en el hecho generador, en la medida que de acuerdo a las fechas en las que se debió efectuar la planeación del contrato de administración delegada para la construcción de las viviendas del proyecto Cucaracho y por tanto en las que se presentaron las omisiones e irregularidades, comprendidas

<sup>5</sup> Sentencia C-836 de 2013. Constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

en el período del 26 de octubre de 2012 al 26 de abril de 2013, se pudo evidenciar que la investigada no tenía ninguna vinculación con el ISVIMED, teniendo a que la fecha de su posesión no solo ya se había suscrito el contrato administración delegada, sino que además ya había iniciado<sup>6</sup>, por lo que ninguna injerencia podía tener sobre su suscripción e inicio.

Finalmente, respecto al señor **ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA**, advirtió que pese este último haber poseído la calidad del Gestor Fiscal, en relación con el hecho objeto de investigación, ubicándose en la decisiones previas a la suscripción del contrato de obra<sup>7</sup>, no se evidenció por parte de éste una actuación irregular en su calidad de miembro del Comité Fiduciario, considerando que este cumplió con su obligación de acuerdo al Contrato de Fiducia Mercantil, que era aprobar la contratación, desechar así una conducta dolosa o gravemente culposa, encontrando entonces procedente proferir auto de archivo a su favor, en la medida que ante la ausencia de estos grados de culpabilidad no es viable proferir auto de imputación según lo exige el artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

Fueron básicamente pues estos los argumentos los que el Operador Jurídico de primer grado tuvo en cuenta para encontrar procedente proferir auto de archivo en favor de los aquí procesados, y como consecuencia de ello desvincular a las compañías aseguradoras vinculadas como terceros civilmente responsables.

#### 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 de *“Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”*. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de 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 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría Distrital de

<sup>6</sup> Se suscribió 21 de febrero de 2013 e inicio el 26 de abril de 2013. CD folio 719.

<sup>7</sup> En atención a que el señor ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, actuó en la etapa precontractual del contrato de administración delegada para la construcción de los proyectos habitacionales Montaña B8 y Mirador de la Cascada, como miembro del Comité Fiduciario, debemos adentrarnos en las implicaciones que el mismo tiene.

Medellín, el Subcontralor en Funciones de Contralor Distrital de Medellín goza de competencia para revisar 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".*<sup>8</sup>

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*

<sup>8</sup> Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

*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..."*  
(Resaltado fuera de texto)

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 proferida por la Primera Instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el Artículo 1 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C - 619/02.

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al

patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional<sup>9</sup> y la Ley<sup>10</sup>.

Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son:

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, **si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal**. El daño fiscal, está previsto el Artículo 6º de la Ley 610 de 2000, como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado..."*

#### 4.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Bajo los antecedentes fácticos que rodean la presente actuación y de acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de Primer Grado para adoptar la decisión objeto de revisión, como **problema jurídico principal** corresponde a esta Dependencia en primer lugar determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario admiten acreditar cualquiera de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000<sup>11</sup> que permita proferir el archivo del proceso.

Resuelto lo anterior, el **segundo problema jurídico** se contrae en establecer si se encuentran reunidos los presupuestos señalados en el artículo 48 ibídem, para poderse proferir auto de imputación, o si por el contrario ante la ausencia de los mismos debe archivarse la actuación según lo consideró procedente el funcionario de primer grado, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

<sup>9</sup> Sentencia SU 620 de 1996

<sup>10</sup> Ley 610 de 2000

<sup>11</sup> 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.

Para dar solución a esos problemas, el Despacho abordará dentro del análisis del caso concreto los siguientes temas y en este orden: **i)** Hecho generador y su diferencia con el daño patrimonial, **ii)** Principio de planeación ligado al principio de economía en la contratación estatal, **iii)** Cómputo del término caducidad para presuntos responsables vinculados con posterioridad al auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, **iv)** Calidad de gestor fiscal y **v)** Presupuestos o elementos como dolo o culpa grave son necesarios para proferir auto de imputación.

#### 4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO - ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso concreto, el Operador Jurídico de Primer Grado encontró procedente dictar auto de archivo con relación a los sujetos DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARIO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A., la Firma Constructora INSERCO S.A., considerando que respecto a estos al momento de su vinculación a través del Auto 782 del 22 de octubre del 2019 mediante el que se adicionó el auto de apertura<sup>12</sup>, ya había operado el fenómeno de la caducidad de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

De manera que para dar solución al primero de los primeros problemas jurídicos planteados, se torna imperioso que la anterior decisión deba ser revisada por este Despacho, a lo cual se procede en los siguientes términos:

Como quedó reseñado, según lo evidenciado por el equipo auditor el hecho generador y el daño, se produce a raíz de deficiencias en la planeación del contrato de construcción, por el sistema de administración delegada de 424 unidades de vivienda de interés social prioritario (TIPO VIP) en altura, denominados MONTAÑA BLOQUE 8 Y MIRADOR DE LA CASCADA en el municipio de Medellín, dentro del Macro Proyecto “Pajarito”, suscrito entre el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2, cuyo vocero es Alianza Fiduciaria S.A. y la Empresa INSERCO S.A. el 21 de febrero de 2013, **con Acta de Inicio del 26 de abril de 2013<sup>13</sup>, sin disponer los diseños, ni la licencia de construcción correspondiente**, en la medida que solo un mes antes de celebrar el contrato de obra, el día 11 de enero de 2013, se había suscrito el contrato de estudios y diseños para tal fin, con la empresa Coninsa Ramón H S.A., lo que demuestra que ambos contratos se suscribieron coetáneamente y se ejecutaron casi que concomitantemente, pues el de consultoría tenía un plazo inicial contractual de once (11 meses), según lo pactado en la cláusula décima del mismo<sup>14</sup>. **De manera**,

---

<sup>12</sup> Folios 776 a 782

<sup>13</sup> Ver CD a folio 836

<sup>14</sup> Contrato de estudios y diseños.

**que puede decirse entonces el hecho precursor o generador del daño<sup>15</sup> objeto de averiguación se presenta en la fase precontractual del señalado contrato, es decir, es anterior a la suscripción del contrato de administración delegada para construcción, entre Alianza Fiduciaria y la Empresa Pórticos S.A., siendo apenas lógico que sea en la etapa precontractual, en la que se deben planear y efectuar los estudios y diseños requeridos para la nueva obra.**

Antes de continuar con el análisis del hecho generador que aquí se presenta, es importante tener claridad que este no puede confundirse con el momento en que se materializa el daño patrimonial<sup>16</sup>, pues entre estos existe una diferencia de suma relevancia para establecer si operó la caducidad de la acción fiscal. Es decir, **el hecho generador y daño son eventos distintos, diferenciables y separables por el Operador Jurídico de cara a la situación concreta.**

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, se ha pronunciado sobre el hecho generador del daño y su relación con el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción fiscal. En el Concepto No. CGR-OJ-244 de 2017, con Radicado 20171 E0097935 del 30 de noviembre de 2017, refiriéndose a este tópico expresó:

**"Se tiene en cuenta que el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 plantea implícitamente que existe una diferencia entre el hecho generador del daño, y el daño mismo, pues determina que:**

*"La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal".*

*En otras palabras, uno es el hecho generador (la causa), y otro es el daño (el efecto). El hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por acción u omisión, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica, jurídica o económica que revista la gestión fiscal en el caso específico. Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño, y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño." (Resaltado fuera de texto)*

<sup>15</sup> CGR. Concepto 20171E0097935 del 30 de noviembre de 2017. El hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por acción u omisión, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica, jurídica o económica que revista la gestión fiscal en el caso específico. Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño, y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño.

<sup>16</sup> CGR. Concepto 20171E0097935 del 30 de noviembre de 2017. Entonces, el daño, desde la óptica de la responsabilidad fiscal, es la lesión que sufre el patrimonio económico del Estado, a consecuencia del hecho que lo genera. Hecho generador y daño son eventos diferentes y diferenciables por el Operador Jurídico de cara a la situación concreta.

En este punto cobra capital importancia referirse al **principio de planeación**, a pesar de no constituirse en el ordenamiento jurídico como un principio autónomo y positivizado, encuentra sus normas aplicativas a lo largo de disposiciones constitucionales y legales (artículo 209, 339 y 341 de la Constitución Política, artículo 6º, 7º, 11 a 14 y 24 a 26 del estatuto de contratación (Ley 80 de 1993), artículo 8º de la Ley 1150 del 2007, artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015 las cuales “por legalidad constitucional tienen aplicación obligatoria e inmediata sobre todo el procedimiento contractual colombiano”.

Este principio, va estrechamente ligado al principio de economía, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, establece lo siguiente:

*“12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, **deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.***

*Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, **la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.*** (Resaltado del Despacho)

De manera que, si bien la doctrina<sup>17</sup> nos dice que la planeación se haya forzosamente inscrita dentro de los principios de transparencia, **economía** y responsabilidad, como criterios rectores y orientadores de la contratación estatal conforme a su expresa consagración normativa en el estatuto de contratación (art. 24, 25, 26 respectivamente de la Ley 80 de 1993), **la jurisprudencia del Consejo de Estado nos resalta que la planeación es una manifestación del principio de economía**<sup>18</sup>; el cual señala ahora la doctrina, consiste en determinar previamente por parte de la Entidad Estatal contratante, las metas y los objetivos que se quieren cumplir, definiendo, además, las

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros –acumulados–, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), radicación número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715) y otros –acumulados–, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2012), radicación número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

tácticas, estrategias y cursos de acción que el agente económico habrá de seguir para lograr las metas y objetivos propuestos, con el fin último de satisfacer el interés general, haciendo uso de los recursos públicos de manera eficiente y eficaz.

Para una mayor ilustración respecto a lo anterior, sobre la **planeación**, en términos concretos, explicó la Ex Magistrada del Consejo de Estado Ruth Estella Correa Palacio, que<sup>19</sup>:

*"(...) el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica, así como la modalidad de [sic] proceso de selección que debe adelantar la entidad pública, con las finalidades sociales -ínsitas a esa prestación-, alto grado de eficiencia y eficacia en orden no sólo a proteger los recursos públicos fiscales representados en los bienes afectos al servicio, con sujeción estricta al orden jurídico, sino a garantizar las funciones que en interés general debe desarrollar y una prestación eficiente de los servicios que le son asignados por la ley".*

Y así concluye su explicación:

*"si esta manifestación del principio de economía debe orientar los procesos de contratación, resulta cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación en la toma de este tipo de decisiones públicas, que por supuesto suponen una agresión clara del marco jurídico contractual estatal en general". Por lo que resulta lógico afirmar que el principio de planeación guarda relación inmediata, directa y estrecha con los principios del interés general y la legalidad, "procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, su ejecución y liquidación no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación".*

Descendiendo nuevamente al caso bajo análisis, encuentra el Despacho al igual que lo pudo detectar el Operador Jurídico de Primer Grado, que el acervo probatorio recaudado demuestra que efectivamente a la suscripción del contrato de obra, no se contaba con estudios y diseños definitivos, ni con licencias y permisos, y tenemos los contratos de obra y de consultoría<sup>20</sup>, cuya cronología indica que se ejecutaron de manera concomitante (Contrato de Obra, Acta de Inicio 26 de abril del 2013, Contrato de Diseños, Acta de Inicio 5 de marzo de 2013, con plazo cada uno de 11 meses, sumado a que los permisos de otras autoridades como EPM para la intervención de redes exigieron ajuste de diseños, todo lo que además se encuentra reflejado entre las diferentes comunicaciones realizadas entre el ISVIMED, contratista y autoridades competentes, dispuestas en Carpetas Anexos 1 y 2. De manera que, se tiene la

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, Sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil once (2011), Radicación Número 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>20</sup> CD a folio 836

suficiente claridad respecto a que el hecho generador del daño se presenta a raíz de las deficiencias en la etapa de planeación del contrato de administración delegada para construcción de los proyectos habitacionales Montaña B8 y Mirador de la Cascada, debiendo ser este el límite temporo-espacial para contabilizar el término de caducidad de que trata el artículo 9 de la Ley 610 de 2000<sup>21</sup>.

En el acervo probatorio, reposa el Contrato de Fiducia Mercantil<sup>22</sup>, del que se extrae que es el Comité Fiduciario el que da la orden para la contratación de los estudios y diseños de la obra y de la interventoría, y que es **a partir de dicha orden que se debía proceder a realizar todas las actividades previas para llevar a cabo la autorización dada**, es decir, **para contratar la obra, se debía en primera instancia realizar los estudios y diseños que soportaran la misma, por lo que tendríamos que a partir del 26 de octubre de 2012** (día siguiente a la reunión del comité fiduciario, acta 21), se iniciaba la etapa de planeación del contrato de construcción del proyecto habitacional Montaña B8 y Mirador de la Cascada, la cual en estricto sentido debería ir hasta la invitación que hiciera la fiduciaria a presentar ofertas.

En efecto, teniendo en cuenta que realmente los estudios y diseños se requieren definitivos para el **inicio de la obra**, se tendría como fecha final de planeación en el caso analizado, la fecha de inicio del contrato de administración delegada para construcción, celebrado el 21 de febrero de 2013, entre INSERCO S.A. y Alianza Fiduciaria, con Acta de Inicio del 26 de abril de 2013<sup>23</sup>, lo que conlleva a concluir que las deficiencias evidenciadas por el equipo auditor en la planeación del contrato de obra de los proyectos Montaña B8 y Mirador De La Cascada se presentaron entre el 26 de octubre de 2012 y el 26 de abril de 2013. En resumen, se encuentra plenamente establecido que el origen del hecho generador dista del daño patrimonial de acuerdo al hallazgo descrito y remitido por el equipo auditor, por lo que temporalmente este se encuentra delimitado (el hecho generador) entre el **26 de octubre de 2012 (Acta N° 21) y el 26 de abril de 2013 (Inició contrato de obra)**, por lo que la contabilización del término de caducidad inició en esta última fecha (26 de abril de 2013), feneciendo a los cinco (5) años de que trata el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, esto es el día **26 de abril de 2018**.

<sup>21</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 9º. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de trato sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

<sup>22</sup> Folio 933

<sup>23</sup> Folio 1033

Precisado lo anterior, es menester acudir a la fecha en que fueron vinculados los sujetos procesales DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Sociedad Interventora GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la firma Constructora INSERCO S.A., lo cual se materializó mediante **Auto 782 del 22 de octubre de 2019<sup>24</sup>** que **adiccionó el auto de apertura<sup>25</sup>**, situación de capital importancia para resolver lo pertinente, pues de acuerdo a la tesis del Operador Jurídico de Primer Grado, para la fecha de su vinculación ya se había producido la caducidad de la acción fiscal, no pudiéndose proseguir la misma contra estos presuntos responsables.

En aras de verificar si la posición del inferior jerárquico se encuentra ajustada a derecho, es primordial tener en cuenta lo establecido en el artículo 14 de la Ley 610 de 2000, en el cual, se señala que:

***“Artículo 14. UNIDAD PROCESAL Y CONEXIDAD. Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.”***

Igualmente, no puede soslayarse lo que la Contraloría General de la República ha manifestado respecto al término de caducidad de la acción fiscal **para quienes se vinculen con posteridad al auto de apertura** en el proceso de responsabilidad fiscal. El aludido Órgano de Control del nivel nacional que señaló<sup>26</sup>:

***“Cabe resaltar que, la regla en el proceso de responsabilidad fiscal, es que, desde el primer momento, es decir, cuando se profiere el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal ya estén definidos los presuntos responsables fiscales. No obstante, en el devenir del proceso de responsabilidad fiscal pueden surgir nuevas pruebas que conlleven a vincular a presuntos responsables fiscales diferentes a aquellos ya determinados en el auto de apertura del proceso, razón por la cual, habrá de proferirse un auto de vinculación, el cual debe ser notificado en forma personal al nuevo vinculado y a los demás por estado.***

(...)

***Por lo tanto, con la emisión del Auto de Apertura del proceso de responsabilidad fiscal, se interrumpe el término de caducidad de la acción fiscal, que no se afecta con la vinculación al proceso de un nuevo presunto responsable fiscal.***

<sup>24</sup> Folios 776 a 781

<sup>25</sup> Auto 007 del 16 de enero de 2018

<sup>26</sup> CGR. Concepto 2022EE0229499 del 19 de diciembre de 2022.

*En efecto, lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, no da lugar a interpretaciones, sino que debe aplicarse conforme a su tenor literal, es decir, tomando la ocurrencia del hecho generador del daño como el extremo inicial para contabilizar el término de la caducidad, en concordancia con lo señalado por el artículo 14 de la ley ibidem y el artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, siendo procedente vincular al proceso a nuevos presuntos responsables sin que ello afecte el término de caducidad de la acción fiscal.”*

Y en este mismo concepto, se concluye respecto a los nuevos sujetos vinculados:

*“5.2 Es posible vincular a nuevos presuntos responsables al proceso de responsabilidad fiscal, a pesar de haberse proferido auto de apertura frente a otros implicados, por cuanto, el término de la caducidad de la acción fiscal se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño y solo es posible iniciar un PRF por cada hecho, lo que significa que la caducidad opera para todos por igual, sin importar si fueron vinculados con el auto de apertura del proceso de responsabilidad o si son vinculados de manera posterior al auto en comento.*

**5.3 El auto de vinculación de nuevos presuntos responsables al Proceso de Responsabilidad Fiscal no afecta el término del cómputo de la caducidad.”**  
(Resaltado intencional del Despacho)

Pues bien, de conformidad con la normativa que opera en materia de caducidad en el proceso de responsabilidad fiscal y la orientación vertida en los conceptos del máximo Organismo de Control Fiscal a nivel nacional, el Despacho disiente de la tesis esgrimida por la Primera Instancia para sostener que frente a los nuevos vinculados operó el fenómeno de la caducidad, pues en criterio de esta instancia de consulta el término de esta institución jurídica **ya había sido interrumpido al proferirse Auto de Apertura el día 16 de enero de 2018**, y sus efectos de interrupción se hicieron extensivos a los nuevos sujetos procesales que fueron vinculados con posterioridad a dicho auto. Lo anterior resulta apenas lógico, toda vez que la misma Ley 610 de 2000, señala que una vez proferido el auto de apertura, la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, situación que impide que ambos fenómenos (**caducidad – prescripción**) trascurran de manera concurrente.

Tampoco se puede pasar por alto, para efectos de realizar el cómputo de la caducidad, los razonamientos que ha realizado en el Órgano de Cierre de lo contencioso Administrativo quien ha indicado que en materia de contratación estatal el término de caducidad de la acción fiscal se cuenta a partir del hecho generador del daño al

patrimonio público que se evidencia o materializa en la fecha de liquidación del contrato estatal<sup>27</sup>.

Por otro lado, nótese que la misma Ley hace referencia a la unidad procesal que gobierna el proceso de responsabilidad fiscal, luego entonces si el término de caducidad se ve interrumpido con el auto de apertura, en virtud de esa unidad procesal que rige esta clase de procesos, los efectos de dicha interrupción se entiende que igualmente opera para todos los sujetos procesales que se llegaren a incluir en el proceso, a los cuales igualmente se les brinda una seguridad jurídica a través del fenómeno de la prescripción, que como se explicó, el cómputo de este último empieza a correr una vez se profiera el auto de apertura y corre a favor de los vinculados y de quienes ulteriormente fueren vinculados.

De tal manera, el Despacho se aparta de los razonamientos esbozados por la primera instancia para declarar que frente a los sujetos procesales DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la sociedad Interventora GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la firma Constructora INSERCO S.A., operó la caducidad de la acción fiscal, razón por la que en este punto y de manera preliminar debió continuar la presente causa fiscal en contra de los nuevos vinculados.

No obstante lo anterior, en virtud de la revisión integral que debe realizar esta instancia en el presente grado de consulta, el Despacho observa que respecto a los vinculados con posterioridad al auto de apertura, igualmente procede el auto de archivo por las razones que más adelante pasarán a explicarse, puesto que por economía, mayor claridad y unidad de materia, este mismo análisis se admite respecto al sujeto procesal **ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA**, de quien reposa certificado laboral emitido el 13 de febrero de 2018, por el Subdirector Administrativo del ISVIMED, y a quien

27 “La Sección Primera de esta Corporación<sup>38</sup> ha precisado que el término de caducidad de la acción fiscal se cuenta a partir del hecho generador del daño al patrimonio público que se evidencia o materializa en la fecha de liquidación del contrato estatal:

“[...] El fenómeno de la caducidad se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público. Y este hecho, en el caso sub examine, lo constituye el sobrecosto en que se incurrió en la referida contratación, que se evidencia o materializa en la fecha de liquidación del convenio de 22 de julio de 2005. En virtud de lo anterior, para la Sala no es acertado contabilizar en el presente caso el término de caducidad de la acción de responsabilidad fiscal a partir de la suscripción del Convenio Interadministrativo núm. 084 de 2002, sino desde el último acto, teniendo en cuenta que el hecho o acto generador del daño al patrimonio público, como ya se dijo, se materializa en ese momento. Ahora, como quiera que el último acto o hecho, esto es, el Acta de Liquidación del Convenio núm. 084 de 2002 tuvo ocurrencia el 22 de julio de 2005, ello significa que, a partir de la ocurrencia de este hecho, la Contraloría General de la República tenía un máximo de cinco (5) años para ejercer la acción de responsabilidad fiscal. De manera que si el Auto núm. 420, “Por el cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado bajo el número 2008-20-00-449”, fue proferido el 27 de agosto de 2008, la acción fiscal no se encontraba caducada, pues contaba hasta el 22 de julio de 2010 para iniciar la correspondiente acción fiscal [...]”. Sala de lo Contencioso Administrativa – Sección Primera. Radicado 85001233300020180012801. Sentencia del 9 de febrero de 2023. M.P. Hernán Sánchez Sánchez.

igualmente se le profirió auto de archivo en el proveído que se somete a consideración. De tal suerte, se suspende el análisis en comento, el cual se desarrollará en la parte final del presente auto.

Continuando con el desarrollo de los problemas jurídicos, pasemos a examinar las decisiones de archivo respectos a los restantes vinculados como presuntamente fiscalmente responsables:

Respecto a **CONINSA RAMÓN H. CIA. S.A.**, Contratista de Diseños, tenemos que el 17 de enero de 2013, suscribió con el Fideicomiso Pajarito PA2, el contrato para realizar los diseños arquitectónicos, estudios técnicos, elaboración del presupuesto y programación de obra para el Proyecto denominado Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2-montaña B8 y Mirador de la Cascada<sup>28</sup>.

Como quedó lo suficientemente explicado en líneas precedentes, se tiene que el hecho generador del daño se presentó en el período comprendido entre el **26 de octubre de 2012 y el 26 de abril de 2013**, por omisiones en la etapa de planeación del contrato de obra suscrito entre el fideicomiso Pajarito PA2 y la empresa Pórticos S.A., para la construcción de los proyectos habitacionales Montaña B8 y Mirador de la Cascada, lo que implicó que se ejecutaran de manera concomitante contrato de estudios y diseños y contrato de obra, debiendo parar la obra hasta tener los estudios y diseños definitivos y las licencias y permisos que en ellos se soportaban.

Considera el Despacho que CONINSA RAMÓN H. CIA. S.A., obró en calidad de particular y contratista con el que el Fideicomiso celebró un contrato pretendiendo un objetivo claramente determinado por el clausulado contractual, que le enmarcaba su actuación y que por tanto de acuerdo al Contrato de Fiducia Mercantil, no tenía ninguna injerencia en la decisión de contratar o no y en qué momento la obra de los proyectos Montaña B8 y Mirador de la Cascada. De manera que, en esta empresa no recaía el deber de realizar una correcta planeación de dicho contrato, perdiendo así su condición de gestor fiscal, pues como se analizó el hecho generador del daño, no correspondió a las dificultades presentadas en la ejecución del contrato de estudios y diseños, sino en la mala planeación del contrato de obra, que fue iniciado sin contar con los estudios y diseños definitivos y los permisos y licencias respectivas, e inclusive la decisión se tomó antes de celebrar el contrato de consultoría<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Folio 921 CD

<sup>29</sup> En cuanto a las obligaciones de la Fiduciaria, se determina en la cláusula décima:

**CLÁUSULA DÉCIMA. –OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: ALIANZA tiene las siguientes obligaciones:**

**10.1 OBLIGACIONES GENERALES.**

(...)

En este punto, es pertinente señalar que no desconoce el Despacho que, es viable que un contratista del Estado como particular, sea responsable fiscalmente, siempre y cuando el hecho generador del daño, derive del ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de ésta<sup>30</sup>, lo que implica una disposición material y jurídica de los recursos públicos, en los términos del artículo 3º de la Ley 610 de 2000 y atendiendo la interpretación que la Corte Constitucional en la Sentencia C-840-2001 hace del mismo artículo.

Por otra parte, la noción de gestor fiscal ha sido construida por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa sobre la base de dos criterios conjuntivos, a saber, funcional y orgánico. En lo que respecta al primero de éstos, el derecho pretor, partiendo de la definición de gestión fiscal contenida en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, ha explicado que la calidad de obligado fiscal se deriva de la cristalización de cualesquiera de las conductas contenidas en la referida prescripción normativa, dentro del universo de actividades económicas, tecnológicas y jurídicas que puedan relacionarse con el uso y administración de los recursos públicos. Así las cosas, el gestor fiscal será aquella persona que desarrolla conductas tendientes a la “...adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.”<sup>31</sup>

---

*Llevar con cargo a los recursos del FIDEICOMISO la personería para la protección y defensa del Patrimonio Autónomo que aquí se constituye contra actos de terceros y del BENEFICIARIO.*

*Informar al COMITÉ FIDUCIARIO las circunstancias que surjan al momento de la ejecución del contrato y que sean conocidas por ella, que puedan incidir de manera desfavorable en el desarrollo del objeto del presente Contrato de Fiducia Mercantil con independencia de la ejecución del PROYECTO.*

#### **10.2 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LA FIDUCIARIA**

*Celebrar los contratos y/o aceptar (mediante la expedición de la respectiva orden de servicio) las Ofertas Mercantiles que se requieran para la construcción e intervención del PROYECTO, conforme a los parámetros que se establezcan en la normatividad vigente, las instrucciones del COMITÉ FIDUCIARIO dentro de los límites previstos en este contrato y en el manual operativo.*

*Salvaguardar los recursos recibidos para su administración, en orden de asegurar su protección contra actos de terceros.*

*Elaborar y suscribir por cuenta del COMITÉ FIDUCIARIO los actos y documentos que se requieran para la ejecución del proyecto”*

<sup>30</sup> Artículo 1º de la Ley 610 de 2000.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Actor: FÉLIX BETANCOURT ADUEN. Demandado: CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ

La Ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

*“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.*

La definición comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.

El control fiscal no se puede practicar in solidum o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente (...).

La gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares.<sup>32</sup>

Por otro lado, la Corte Constitucional en Sentencia C - 866 del 3 de noviembre de 1999, señaló:

*“ (...) la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad*

<sup>32</sup> Corte Constitucional Sentencia C- 840 de 2021.

atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas.

En la doctrina, el letrado Uriel Amaya<sup>33</sup>, explica esta distinción en los siguientes términos:

*La gestión fiscal, entonces, le concede al servidor público - o de manera excepcional al particular-, por vía funcional o contractual, no sólo una disponibilidad material sobre el patrimonio público, sino esencialmente una disponibilidad jurídica sobre el mismo. Es decir, la capacidad jurídica para disponer del mencionado patrimonio de manera válida y legítima, como producto del límite reglado señalado en las normas jurídicas - o en el objeto contractual, en tratándose de este- que le otorgan competencia para ello.*

(...)

*Por tal razón, existe un sinnúmero de actuaciones simplemente administrativas que no comportan actos propios de gestión fiscal: un servidor público de una entidad que se apropiá de un bien de la misma, sobre el cual no tiene disponibilidad jurídica<sup>34</sup>. En todos estos casos no habría responsabilidad fiscal, por no existir gestión fiscal propiamente dicha por parte de tales agentes”.*

Lo expuesto en precedencia, permite afirmar que no todo contratista es sujeto pasivo de responsabilidad fiscal, pues ello sería adoptar una posición simplista derivada de que dicha responsabilidad nace del hecho de que el contratista es colaborador del Estado en la actividad contractual, por lo que esta vía (Proceso de responsabilidad fiscal) no puede ser en todos los casos el escenario natural para obtener la compensación de los perjuicios que un contratista pudiera haberle causado a la entidad con el incumplimiento de un contrato sin importar si al contratista se le encomendó o no la realización de gestión fiscal u obró con ocasión de ella. Vale la pena resaltar, que uno de los eventos, en que los particulares realizan gestión fiscal es cuando manejan o administran recursos o fondos del Estado, y ejemplos claros de eso, es lo que ocurre cuando al contratista se le entrega un **anticipo** (no un pago anticipado)<sup>35</sup>.

Esto indica que cada situación es particular, y el asunto bajo estudio no escapa de este análisis, debe analizarse de manera específica para establecer si al contratista se le encomendó o no gestión fiscal o si actuó con ocasión a ella, pues de no ser así

<sup>33</sup> Amaya Olaya, Uriel Alberto, Teoría de la Responsabilidad fiscal: aspectos sustanciales y procesales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>34</sup> (aunque sí material: por laborar, p. ej., en el mismo edificio donde se encuentra el bien [...]); o la compañía de vigilancia privada que mantiene un contrato con una entidad pública y por desidia de los celadores se produce un hurto sobre los bienes públicos; o del ladrón que ingresa a una edificación pública y hora bienes de esa naturaleza.

<sup>35</sup> Contraloría General de la República. Concepto 80112 2008 EE 6493 del 14 de Febrero 14 de 2008

indiscutiblemente el contratante cumplido deberá acudir a la acción o medio de control de controversias contractuales contemplado en el artículo 141 del C.P.A.C.A. en búsqueda de las declaraciones propias de este.

Así las cosas, este Despacho aplicando tanto lo señalado, en complemento de la revisión de las pruebas allegadas al proceso, no es congruente pregonar la calidad de gestor fiscal a la empresa contratista de diseños **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, en razón que el objetivo y las obligaciones contraídas en el negocio jurídico suscrito con el Fideicomiso Pajarito PA2, correspondió a la elaboración de diseños definitivos del proyecto habitacional MONTAÑA BLOQUE 8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, véase la cláusula primera del contrato<sup>36</sup>:

CLAVICULAS  
CLAVICULA PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA SE OBLIGA A REALIZAR AL CONTRATANTE A REALIZAR  
UN DISEÑO ARQUITECTONICO CON ESTUDIOS TECNICOS, ELABORACION DE PREBUDGETO Y  
PROGRAMACION DE OBRA PARA EL PROYECTO DENOMINADO "EDIFICIOS MACROPROYECTO  
PAJARITO PASE - MONTAÑA DE Y MIRADORES DE LA CASCADA" QUE HACE PARTE DEL  
MACROPROYECTO PAJARITO, las cuales contienen:  
10. La ejecución y/o construcción preventiva del conjunto de todos los diseños y estudios técnicos que  
se requieren para la construcción del proyecto denominado "MACROPROYECTO PAJARITO PASE -  
MONTAÑA DE Y MIRADORES DE LA CASCADA", dentro de los términos del presente Contrato y sus anexos.  
P. Diseño Urbanístico y Arquitectónico  
Q. Anexo de los trazados y demás documentación de los lotes de gran extensión.  
R. Sistema de Colectores  
S. Sistema de Redes de Gas natural  
T. Sistema de Redes Eléctricas Alimentación público, Telecomunicaciones y Asentamientos  
U. Diseño de Redes Hidrocarburadas Internas, Acceso, Vivienda, Llamadas y Red central, Internet  
V. Diseño de Vías  
W. Diseño de Redes sanitarias y de alcantarillado, Alcantarillado de aguas lluvias y residuales, aguas negras  
X. Elaboración del presupuesto y cálculos de obra a través del sistema de cálculo de precios  
Y. Elaboración de la Propuesta de programación de obra  
Z. Administración de la obra

En consecuencia, esta sociedad no adquirió la calidad de gestor fiscal o por lo menos, puede decirse que respecto de cara al hecho generador su conducta **no comportó el ejercicio de una gestión fiscal frente a este**, y lo que más bien se avizora por parte del Despacho es un presunto incumplimiento contractual de acuerdo al clausulado vertido en el negocio jurídico expuesto en precedencia, y descartando dicha calidad (**gestor fiscal**) no queda otra vía diferente que dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, tal como lo dispuso el Operador Jurídico de Primer Grado, y en consecuencia se habrá de **CONFIRMAR** la decisión consultada.

Frente a la señora **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE**, otra de los sujetos vinculados como presuntamente fiscalmente responsables, observa el Despacho que se allegó certificado laboral<sup>37</sup> emitido el 13 de febrero de 2018, por el Subdirector Administrativo del ISVIMED, en el que deja constancia de que la señora **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE**, identificada con cédula de ciudadanía 43.639.656, prestó sus servicios al Instituto con carácter de libre nombramiento y remoción

36 Folios 522

37 Folio 476

desempeñando el cargo de Subdirectora de Dotación de Vivienda y Hábitat **desde el 6 de mayo de 2013, hasta el 1º de abril de 2015.**

De acuerdo a dicha certificación, es probable que la investigada hubiese participado en la ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil Pajarito PA2 Montaña B8 y Mirador de la Cascada, y por tanto en la etapa de planeación del contrato de administración delegada para la construcción de las viviendas del citado proyecto, ya sea a través del Comité fiduciario, en el que se establece como miembro suplente en representación del Municipio de Medellín al Subdirector Técnico del ISVIMED, o directamente por el ISVIMED como Coordinador Técnico<sup>38</sup>.

Sin embargo, si se retoman la fecha de la estructuración del hecho generador, es decir cuando se debió efectuar la planeación del contrato de administración delegada para la construcción de las viviendas del proyecto cucaracho y por tanto en las que se presentaron las omisiones e irregularidades, comprendidas en el período del **26 de octubre de 2012 al 26 de abril de 2013**, se evidencia sin hesitación alguna, que para este período la señora MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE, no tenía ninguna vinculación con el ISVIMED, teniendo que a la fecha de su posesión no solo ya se había suscrito el contrato administración delegada, sino que además ya había iniciado<sup>39</sup>, situación que *in límine* descarta su calidad de gestor fiscal o que haya desplegado comportamiento constitutivo de gestión fiscal en la inadecuada planeación del contrato que generó el sobrecosto informado por el equipo auditor que dio origen al hallazgo objeto de la presente investigación.

Sin más por considerar respecto a la citada procesada, procede el archivo a su favor por estar acreditada unas de las causales enlistadas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, por lo que en la parte resolutiva del presente acto administrativo, se **CONFIRMARÁ** en este sentido la decisión sometida a consideración.

En este orden de ideas, y retomando el análisis de las razones por las que también se estima procedente dictar auto de archivo a favor de DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DÁRIO SÁNCHEZ HOYOS, la Sociedad Interventora GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la firma Constructora INSERCO S.A. (sujetos vinculados en el auto que adicionó el auto de apertura) y así mismo a favor del señor ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, se torna necesario efectuar las siguientes consideraciones:

<sup>38</sup> Las cláusulas cuarta, décima y vigésima cuarta del contrato de fiducia mercantil Fideicomiso Pajarito PA2, definieron como actores e instancias decisorias al Fiduciario (Alianza Fiduciaria), al Comité Fiduciario y al ISVIMED como coordinador técnico.

<sup>39</sup> CD folio 719. Se suscribió 21 de febrero de 2013 e inició el 26 de abril de 2013.

En el plenario obra el Acta No. 021 del Comité Fiduciario<sup>40</sup>, llevada a cabo el 25 de octubre de 2012, a través de la cual se aprobó la contratación de los estudios y diseños, la obra y la intervención del proyecto habitacional MONTAÑA BLOQUE 8 Y MIRADOR DE LA CASCADA, en el cual el señor ADRIÁN FELIPE BECERRA, participó como delegado del Municipio de Medellín (Director Técnico) y como delegado del ISVIMED, siendo delegado para asistir por el Subdirector Administrativo y Financiero, lo que permite concluir que lo anterior deja en claro que el señor BECERRA GUERRA, era integrante del Comité Fiduciario, en representación del Municipio de Medellín.

Ahora bien, diferente a lo que ocurre con la situación de la señora MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE, el señor BECERRA, si estuvo investido de la calidad de gestor fiscal, en la medida que este al ser miembro del Comité Fiduciario tenía una serie de facultades, tales como la establecida puntualmente el literal I del numeral 24.2 de la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil, Fideicomiso Pajarito PA2, que indica "*I. Impartir instrucciones a ALIANZA para la aceptación de ofertas mercantiles y/o celebración, ejecución, defensa y liquidación de contratos*". Esta estipulación contractual permite establecer que quien decide sobre la viabilidad o no de celebrar un contrato, y por tanto autoriza la disposición de recursos para tal efecto era el COMITÉ FIDUCIARIO, situación que admite que al señor ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA se le atribuya su calidad de gestor fiscal, en relación con el hecho generado ampliamente explicado a lo largo de las presentes consideraciones, y por cuanto efectivamente tuvo intervención en la decisiones previas a la suscripción del contrato de obra, es decir en la tan cuestionada etapa de planeación.

Habiéndose entonces establecida la calidad de gestor fiscal del señor ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, el paso a seguir por parte del Despacho consiste en examinar si a dicha gestión fiscal le puede ser atribuida la calificación de conducta en la gradualidad de dolo culpa grave según lo exige el artículo 5 de la Ley 610 de 2000<sup>41</sup> al definir cuáles son los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

Al plenario fue adosada el Acta No. 21 del 25 de octubre de 2012 del Comité Fiduciario Fideicomiso PA1 Macroproyecto Pajarito Medellín, que en el numeral 3 desarrolla aspectos relacionados con la contratación para nuevos proyectos, expresándose allí<sup>42</sup>:

<sup>40</sup> Folios 1033 a 1034

<sup>41</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

<sup>42</sup> Folios 779 a 880

### **“3.1 CONTRATACIÓN DE OBRA:**

*El presente comité se propone definir las acciones a seguir para la contratación del diseño, la construcción e intervención de los proyectos nuevos, en virtud a que una vez desarrollados diferentes procesos de convocatoria y selección, no se presentaron oferentes para la construcción de los proyectos Tirol II, Tirol III, **Mirador la Cascada, la Montaña Bloque 8**, Cucaracho. Para el Proyecto Aurora Pedregal Alto se presentó una propuesta.*

*Teniendo en cuenta que el argumento presentados y analizados por los constructores locales y nacionales invitados, como motivación para no presentarse son principalmente: 1. No estar dispuesto a contratar con un solo pago al final de la ejecución de la obra por la incidencia financiera que esto implica sobre los estados financieros y las capacidades de endeudamiento de las empresas y esto comparado con. 2. El bajo porcentaje de utilidad presentado por los proyectos y que igualmente, 3. No compensan el asumir los costos, extra-costos, y riesgos adicionales que pueden presentarse durante la ejecución de la obra en un sector como pajarito, reconocido por la cambiantes condiciones históricas de comportamiento y composición de los suelos y, considerando la nueva normatividad generada a partir de la expedición de la Ley 1537 de 2012, se propone contratar la construcción de los proyectos mediante la modalidad de “Contrato de Obra por administración delegada”, donde el contratista actuara como delegado del contratante y cualquier extra-costo que se desprende de la ejecución será asumido contra el aporte del ISVIMED, sin que se generen mayor aportes por parte de FONVIVIENDA.*

*(...)*

**LA PROPUESTA ES ACEPTADA.**

*(...)*

*El día de hoy Alianza enviará las invitaciones para los proyectos mencionados, y se adjudicará el próximo martes 30 de octubre de 2012.*

### **3.2 CONTRATACIÓN DE DISEÑOS**

*Estos cinco proyectos no cuentan con diseños, los cuales estaban incluidas en las invitaciones iniciales, por lo cual se solicita al Comité aprobar la contratación directa para los diseños arquitectónicos, técnicos, estudios, programación y presupuesto con la empresa Coninsa Ramón H S.A. Lo anterior se sustenta en las facultades de contratación y gestión que otorga la Ley 1537 de 2012, el derecho privado y el Contrato de Fiducia Mercantil, adicionalmente en la experiencia e idoneidad que la firma Coninsa Ramón H S.A., la cual ha participado como contratista de diseño y construcción de importantes proyectos de vivienda de interés prioritario en la ciudad y específicamente en el Macro Proyecto Plan Parcial Pajarito, siendo destacable la eficiencia técnica, urbana y económica de las viviendas y la implantación urbana.*

Actualmente la firma se encuentra participando en la ejecución de los proyectos Cantares III, Cantares IV y Cantares V, como contratista en el desarrollo completo e integral de 545 unidades de vivienda, cumpliendo con los plazos y especificaciones planteadas desde su fase inicial (diseños) y de acuerdo con el previo conocimiento de las características topográficas, geológicas, geo mecánicas y geotécnicas del terreno de igual forma los proyectos ya desarrollados son los presentan menos factores de no conformidad en relación con los acabados, diseños e instalaciones de las edificaciones, lo cual mitiga el riesgo y la probabilidad de reclamaciones futuras.

#### **LA PROPUESTA ES ACEPTADA**

*La supervisión de los estudios y diseños de los proyecto será realizada por el ISVIMED.*

#### **3.3 CONTRATACIÓN DE INTERVENTORÍA DE OBRA.**

*Para la contratación de la intervención de obra de los proyectos mencionados, las invitaciones se realizaran publicando sus pliegos de condiciones en la página web de Alianza Fiduciaria.*

*Se solicita que sea el ISVIMED quien apruebe el informe de evaluación de las propuestas de intervención presentadas por los invitados y que con base en dicha evaluación se proceda a la respectiva contratación por parte de la fiduciaria. El ISVIMED enviará a los demás fideicomitentes el informe de evaluación previo a la adjudicación".*

De dicho comité, se colige que allí se abordaron decisiones puntuales tales como las razones para acudir a la modalidad de selección de los contratistas y a la tipología contractual (obra por administración delegada a través de invitación y estudios y diseños por contratación directa) y se expuso la motivación para seleccionar al contratista de estudios diseños CONINSA RAMÓN H. S.A., todas estas aprobadas, de acuerdo a las funciones que le competían al Comité fiduciario, además de que se determinó que ISVIMED haría la supervisión de los estudios y diseños, ateniendo su función de coordinación técnica según la cláusula vigésima cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil. Así mismo se desprende, que una vez aprobada la contratación por parte del Comité Fiduciario correspondía a Alianza Fiduciaria ejecutarla, es decir llevar a cabo la contratación de la obra, la intervención y los estudios y diseños y al ISVIMED realizar la supervisión de estudios y diseños, la coordinación técnica y tramitar los permisos y licencias requeridos por el proyecto en virtud de lo dispuesto en la cláusula vigésima cuarta, numeral 24.3.

Bajo este panorama, se puede establecer el **orden de intervención** de cada uno de los contratantes para la celebración de contratos para el proyecto y, según la **cláusula décima y vigésima cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil**, era así:

1. Comité Fiduciario,
2. Fiduciaria y
3. Coordinador Técnico (ISVIMED)

Y observemos que se pacta en esas cláusulas:

**"CLÁUSULA DÉCIMA. –OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: ALIANZA tiene las siguientes obligaciones:**

#### **10.1 OBLIGACIONES GENERALES.**

- B. *Llevar con cargo a los recursos del FIDEICOMISO la personería para la protección y defensa del Patrimonio Autónomo que aquí se constituye contra actos de terceros y del BENEFICIARIO.*

#### **10.4 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LA FIDUCIARIA**

- a) *Celebrar los contratos y/o aceptar (mediante la expedición de la respectiva orden de servicio) las Ofertas Mercantiles que se requieran para la construcción e intervención del PROYECTO, conforme a los parámetros que se establezcan en la normatividad vigente, las instrucciones del COMITÉ FIDUCIARIO dentro de los límites previstos en este contrato y en el manual operativo.*

#### **"CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA.-ÓRGANOS DEL FIDEICOMISO:**

**24.2 COMITÉ FIDUCIARIO.** Actuará como COMITÉ FIDUCIARIO el mismo COMITÉ existente en el FIDEICOMISO PA1MACROPROYECTO PAJARITO MEDELLÍN, cuyas atribuciones serán las señaladas en dicho fideicomiso y adicionalmente las adjudicadas en el presente contrato, y adicionalmente:

- a. *Designar y remover libremente al COORDINADOR.*
- b. *Impartir instrucciones a ALIANZA para la aceptación de ofertas mercantiles y/o celebración, ejecución, defensa y liquidación de contratos*
- c. *Impartir instrucciones a ALIANZA para oponerse a toda medida preventiva o ejecutiva tomada contra bienes del FIDEICOMISO o por obligaciones que los afecten.*
- d. *Aprobar la terminación anticipada de este contrato.*
- e. *En este órgano se encuentra radicada la cláusula general de competencia.*

**24.3 COORDINADOR.** Sera el ISVIMED o la Persona natural o jurídica que podrá designar el COMITÉ FIDUCIARIO, de sus miembros o externo, para actuar como interlocutor acreditado entre el FIDEICOMITENTE y beneficiario y/o el COMITÉ FIDUCIARIO, ALIANZA, el CONSTRUCTOR y el INTERVENTOR.

Todas sus actuaciones deberán surtirse por escrito y tendrá a su cargo, además de las funciones contenidas en este contrato, las siguientes:

- a. Coordinar la ejecución del proyecto.
- b. Cumplir las instrucciones del COMITÉ FIDUCIARIO.
- c. Diligenciar y radicar ante las autoridades competentes la totalidad de los documentos que se requieran para obtener el permiso correspondiente para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de las unidades inmobiliarias resultantes del PROYECTO ante la autoridad competente.
- d. Efectuar la entrega definitiva, conforme con las especificaciones ofrecidas en los contratos individuales, de las unidades inmobiliarias a los BENEFICIARIOS DE SUBSIDIOS, en cumplimiento de sus obligaciones para con estos, así como las obras de urbanismo, las zonas de cesión y los servicios públicos.
- e. Inspeccionar por solicitud escrita del COMITÉ FIDUCIARIO las cuentas del FIDEICOMISO y reportar los informes requeridos.
- f. Informar y/o notificar a ALIANZA las decisiones del COMITÉ FIDUCIARIO que se relacionen directamente con el FIDEICOMISO Montaña B8 y Mirador de la Cascada.
- g. Asistir a las reuniones del COMITÉ FIDUCIARIO que se relacionen directamente con el FIDEICOMISO Montaña B8 y Mirador de la Cascada.
- h. Recopilar toda la información necesaria para lograr obtener conocimiento de las personas que van a vincularse al PROYECTO y entregarla a ALIANZA.
- i. Solicitar a ALIANZA autorización previa escrita, en el evento que pretenda por sí o por interpuesta persona, hacer uso de avisos, o cualquier medio publicitario relacionado con la comercialización del PROYECTO por desarrollarse en el INMUEBLE ETU 7, cuando en algún modo se mencione con ellos a ALIANZA. El COMITÉ FIDUCIARIO, el COORDINADOR, el CONSTRUCTOR, quedan obligados a abstenerse de utilizar medios publicitarios en los que mencione a ALIANZA y que no sean previamente autorizados por ella.

- j. *Suministrar oportunamente a la FIDUCIARIA toda la información necesaria para el cumplimiento del objeto del CONTRATO.*
- k. *Entregar a ALIANZA cuando se le requiera, los documentos necesarios para que se realice un estudio de títulos previamente, sobre los inmuebles que deban incrementar el FIDEICOMISO.*

Ahora, cotéjese este clausulado con el Acta No. 21 del 25 de octubre de 2012 del Comité Fiduciario, lo que permite concluir que si bien se autoriza contratar, no se expresa exactamente cuándo se debe hacer una u otra contratación y adicionalmente la misma cláusula vigésima cuarta del Contrato de Fiducia Mercantil, indica que el Comité solo imparte la orden de contratar, **pero no está en la obligación de ejecutarla acción**, por lo que a quien le correspondía desarrollar todas las actividades necesarias para llevar a cabo la orden del Comité Fiduciario **era a la Fiduciaria (Alianza Fiduciaria)**, en quien recaía la obligación de realizar las actividades propias de la etapa de planeación del contrato de obra, y para hacerlo ya contaba con autorización del Comité Técnico de contratar estudios y diseños, así como con la definición de la supervisión a cargo de ISVIMED.

Se tiene así que era Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso PA2 Cucaracho, a quien le asistía **cumplir con todos los requisitos necesarios para contratar según la orden del comité fiduciario**, esto sin desconocer que conforme a la cláusula décima séptima del Contrato de Fiducia Mercantil PA2, Alianza Fiduciaria no contraía responsabilidad por los siguientes aspectos:

*"Los aspectos técnicos, financieros y jurídicos requeridos para adelantar el PROYECTO, tales como estudios técnicos y de factibilidad, presupuestos, flujo de caja, licencias, planos arquitectónicos, programación general del PROYECTO, estudios técnicos, estructuración financiera del proyecto, permisos para el desarrollo de las obras, estudios de suelos y recomendaciones de cimentación, planos, cálculos, diseños estructurales, memorias de cálculo y cantidades de obra, reglamento de propiedad Horizontal, contratos suscritos con terceros". (Resaltado fuera de texto).*

Sobre la responsabilidad fiscal que pueda tener una sociedad fiduciaria, la Contraloría General de la República, ha sostenido el criterio que la fiduciaria **que administra recursos públicos** no juega un papel estrictamente operativo, **sino que debe asumir un rol amplio en el sentido de conocer y actuar de conformidad con las capacidades y limitaciones de las entidades públicas que aportan recursos al respectivo negocio**<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Contraloría General de la República. Auto 275 del 9 de octubre de 2017. Esta decisión confirma la responsabilidad de la fiduciaria afirma que esta debía preguntarse si los concesionarios fideicomitentes, en virtud del contrato de fiducia irrevocable de administración y pagos, podían celebrar dichos contratos y resoluciones con

Lo anterior, permite a este Despacho señalar que si bien pudo el procesado **ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA** haber tenido la condición de Gestor Fiscal en el hecho generador que causó el daño patrimonial investigado por haber suscrito el acta en cuestión, como también la pudieron haber ostentado **DIEGO RESTREPO ISAZA** e **IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS** en calidad de Directores de ISVIMED, haciendo claridad que estos dos últimos no suscribieron el acta, no puede desconocerse que la actuación irregular se presentó en la ejecución de la orden dada por el Comité Fiduciario, a cargo de Alianza Fiduciaria, argumento por el que no se encuentra que a las actuaciones de los investigados en mención pueda atribuirse una calificación dolosa o gravemente culposa, puesto que en la misma se desecha un comportamiento irregular en la medida que como miembro del Comité Fiduciario únicamente el señor **BECERRA GUERRA**, este se limitó a cumplir con su obligación consistente en aprobar la contratación de acuerdo al Contrato de Fiducia Mercantil en comento<sup>44</sup>. Es más, si se analiza a más profundidad la actuación del señor BECERRA en el Acta No. 21 del 25 de octubre de 2012 del Comité Fiduciario, se evidencia que este no participó de manera independiente o ajeno a su calidad de integrante de ese Comité, es decir su intervención se realiza para impulsar una decisión colegiada o grupal, lo que ratifica aún más que actuó en cumplimiento de un deber como miembro del Comité de Alianza Fiduciaria, **motivo que se suma para que un dolo o culpa grave no pueda imputársele a título personal** por este Órgano de Control Fiscal. De manera que, si al el señor BECERRA no le es predictable un dolo o culpa grave en la conducta investigado que si suscribió el acta señalada, mucho menos sería posible imputar bajo esas modalidades (dolo o culpa grave) a los señores RESTREPO y SÁNCHEZ quienes no suscribieron el acta, y se encuentran vinculados exclusivamente a esta causa fiscal por el mero hecho de haber sido nombrados como Directores del ISVIMED.

La misma ausencia de estos ingredientes subjetivos (dolo o culpa grave) se advierte en cuanto a los contratistas la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la Firma Constructora INSERCO S.A., en la medida que para la adecuada ejecución del objeto contractual estipulado en el contrato de obra y su labor interventora, dependía

---

cargo a los recursos fideicomitidos, confrontando las fuentes de esas obligaciones con los criterios legales de eficiencia económica y suficiencia financiera del régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios consagrados en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, concordante con las directrices definidas en la resolución 235 de 2002 CRA, siendo negativa la respuesta por lo atrás expuesto.

<sup>44</sup> Auto 099 del 13 de febrero de 2023, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ORDENÓ EL ARCHIVO. “(...) Alianza Fiduciaria no podía desconocer que el literal jj) del numeral 10.4 de la cláusula décima del contrato de fiducia mercantil, que exigía a cabo llevar las órdenes del Comité Fiduciario conforme a los parámetros que se establezcan en la normatividad vigente, no cabe duda que las normas vigentes exigen para el inicio de las obras, la obtención de licencias, y permisos, a los que se accede con los estudios y diseños definitivos, debiendo necesariamente anteceder a la ejecución del contrato de obra el de estudios y diseños, lo que en el presente caso no sucedió y se encuentra suficientemente probado.”

de la entrega de los diseños definitivos, licencia de construcción, identificación de redes de EPM, entre otros, actividades que no estaban estipuladas dentro de las condiciones contractuales en el contrato de obra aludido, cuyo objeto vale la pena traer a colación<sup>45</sup>:



#### CLAUSULAS

**PRIMERA. OBJETO:** En virtud del presente contrato, **EL CONTRATISTA** se obliga a ejecutar bajo su inmediata dirección y vigilancia y con su propio personal, pero por cuenta del contratante, las actividades correspondientes a la construcción por el sistema de administración delegada de **CUATROCIENTAS VEINTICUATRO (424) unidades de vivienda de interés social prioritario (ViP)** en altura, en el proyecto denominado **MONTANA B-8 Y MIRADOR DE LA CASCADA**, ubicado en el municipio de Medellín, dentro del Macro-Proyecto "Pajarito", en el lote de terreno ubicado dentro de la Unidad de Gestión 2 del PLAN PARCIAL PAJARITO, que para efectos de este documento se denominará **LA OBRA**, de acuerdo con el listado de obras, estudios, planos, diseños, especificaciones y suministrados por **EL CONTRATANTE**, los programas de trabajo definidos de común acuerdo, así como a las actas de obra que las partes, a través de sus representantes autorizados suscriban durante la ejecución de **LA OBRA** y los permisos y licencias necesarios para adelantarla.

En este mismo análisis, y de acuerdo al problema jurídico planteado, es igualmente relevante advertir que la justificación de la decisión de archivo que se somete a consulta, se apoya en la ausencia del elemento culpa grave por parte de los sujetos investigados, elemento sobre el cual vale la pena para definir su concetualización y alcance, previo a desatar el quid iuris trazado en las presentes consideraciones.

En este orden de ideas, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave y el dolo de la siguiente manera:

*“...Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

(...)

*El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”*

En lo relativo la conducta gravemente culposa se hace menester traer a colación la Sentencia del 13 de mayo de 2009 proferida dentro del expediente 25694 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual sostuvo:

*“(...) en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave.”*

<sup>45</sup> Folio 836. CD. Capeta “CONTRATO CONSTRUCTOR”.

Y en otra providencia se pronunció sobre el alcance la culpa grave señalando<sup>46</sup>:

*"Para caracterizar los mencionados conceptos de dolo y **culpa grave**, la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o su patrimonio, mientras que el segundo **corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario en el manejo de los asuntos ajenos que no admiten comparación, o en otras palabras, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención**". (Resaltado fuera de texto).*

Pues bien, el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, dispone que la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

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

En virtud de lo anterior, el daño debe ser generado por el ejercicio de una gestión fiscal **antieconómica, inoportuna, negligente, deficiente e ineficaz**, de quien administre, maneje o recaude fondos o dineros públicos, respecto de cuyos verbos rectores debe centrarse el título y grado de responsabilidad fiscal, que como bien lo exige la norma, este último debe ser calificado a título de dolo o culpa. Por lo tanto, si desparece o se desvirtúa un dolo o culpa grave en la calificación de la conducta investigada como elemento estructural de la responsabilidad fiscal, es obvio que el Ente de Control pierde el objeto de la investigación misma, por lo tanto no es necesario que la investigación prosiga.

Por lo expuesto, éste Organismo de Control Fiscal se abstendrá de indagar responsabilidad fiscal a los investigados DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIERREZ DIAZ CIA S.A. y la Firma Constructora INSERCO S.A.; en cuanto, el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, requiere para proferir Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal el cumplimiento de ciertos requisitos, y **específicamente el elemento volitivo de su conducta a título de culpa grave o dolo**, requisitos que deben encontrarse objetivamente demostrados en el proceso y el cual como ha sido explicado se echa de menos en la presente causa fiscal respecto a estos investigados.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933.

Así las cosas, ante la ausencia del elemento subjetivo a que se ha hecho alusión, 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 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" (Resaltado fuera de texto).

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

De otra parte, 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 fiscal<sup>47</sup> 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 dolo o culpa grave en cabeza del procesado 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.

Así las cosas, este Despacho **CONFIRMARÁ** y **ACLARARÁ** la decisión consultada y tocante al archivo decretado a favor de los sujetos DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la Firma Constructora INSERCO S.A., en la medida que como fue expuesto, si bien frente a ellos no operó el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal como así se consideró en el proveído en cuestión, no se cumplen los presupuestos contemplados en el artículo 48 de la Ley 610 para pasar a sede de imputación, debiéndose entonces

<sup>47</sup> (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.

dicha norma armonizar con lo dispuesto en el artículo 47 de la misma Ley, para encontrar procedente la decisión de archivo adoptada por el funcionario de primer grado.

#### **4.5. CONCLUSIÓN Y OTRAS DETERMINACIONES**

Por todo lo anterior, se **CONFIRMARÁ** en cada una de sus partes la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante el **Auto 099 del 13 de febrero de 2023**, en donde se ordenó el **ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal donde se señaló como entidad afectada al Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín ISVIMED, como beneficiario del Fideicomiso PAJARITO PA2 Montaña B8 y Mirador de la Cascada, a favor de: CONINSA RAMÓN H., NIT 890911431-1; ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, identificado con cédula 71.789.324; MARÍA EUGENIA LOPERA, identificada con cédula 43.639.656; DIEGO RESTREPO ISAZA, identificado con cédula 71.704.377; IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, identificado con cédula 71.737.060; INSERCO S.A.; y GUTIÉRREZ DÍAZ Y COMPAÑÍA S.A.

El proveído confirmado, **será aclarado** en el sentido que la decisión de archivo frente a los sujetos DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARIO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la Firma Constructora INSERCO S.A., no obedece a que haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal, sino por cuanto no se encuentran acreditados los elementos señalados en el artículo 48, armonizado con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 como se explicó en la parte motiva de esta decisión.

Finalmente se advierte, que en el evento de que con posterioridad aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo que se aquí se habrá de confirmar, se ordenará la reapertura de la actuación fiscal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

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

#### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto 099 del 13 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad

Fiscal con **Radicado 002 de 2018**, de conformidad con las razones esbozadas en la parte motiva de este proveído.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ACLARAR** que el archivo del presente proceso a favor de los sujetos DIEGO RESTREPO ISAZA, IVÁN DARÍO SÁNCHEZ HOYOS, la Firma de Interventoría GUTIÉRREZ DÍAZ CIA S.A. y la Firma Constructora INSERCO S.A., **no obedece a que haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal**, sino por cuanto no se encuentran acreditados los elementos señalados en el artículo 48, armonizado con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, conforme a lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo y demás explicaciones señaladas en la parte considerativa del presente proveído.

**ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR** que en el evento de que con posterioridad aparecieren nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo que se aquí se confirma y aclara, se ordenará la reapertura de la actuación fiscal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

**ARTÍCULO CUARTO: 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 QUINTO:** Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para que se proceda con las correspondientes actuaciones de rigor procesal, lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

**NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE**



**JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ PATIÑO**  
Subcontralor en Funciones de Contralor Distrital de Medellín

Proyectó: Jorge Ospina – Profesional Universitario II

