

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 014 DE 2023

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 001 DE 2018**

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

Providencia Consultada:	Auto 067 del 3 de febrero de 2023 , por medio del cual se ordenó el archivo d Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 001 de 2018.
Entidad Afectada:	Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín –ISVIMED, N.I.T. 90001448 como Fideicomitente y Beneficiario del patrimonio autónomo conformado en Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2-CUCARACHO
Presuntos Responsables:	ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA , identificado con cédula 71.798.324, e calidad de Subdirector Técnico del ISVIMED. CONINSA RAMON H , con NIT. 890911431-1 MARÍA EUGENIA LOPERA , identificada con cédula 43.639.656, en calidad d subdirectora de técnica de dotación del ISVIMED. DIEGO RESTREPO ISAZA , identificado con cédula 71.704.377, en calidad d representante legal del ISVIMED. JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA , identificado con cédula 71.695.41 en calidad de subdirector de apoyo jurídico del ISVIMED.
Garantes Vinculados:	LA PREVISORA DE SEGUROS S.A. NIT. 860005100-2 AXA SEGUROS COLPATRIA NIT. 8600021874-6 ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA NIT. 860524654-6
Hecho Investigado	A causa de las deficiencias de planeación, por no disponer de diseñ definitivos, de licencia de construcción, definición y autorización para trasla de redes existentes, previo a la etapa precontractual del contrato de obra ¹ ba el sistema de administración delegada de 400 unidades de vivienda de intere social prioritario (VIS) en el proyecto habitacional denominado Cucaracho he Atardeceres, como consecuencia, en la etapa de ejecución del contrato d construcción se presentó retraso en obra y mayor permanencia del personal d obra e interventoría.
Cuantía:	DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA DOS MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS (\$231.342.208)
Procedimiento:	Ordinario
Decisión:	CONFIRMA Y ACLARAR DECISIÓN CONSULTADA. Se ordena devolució del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.

¹ Contrato de obra ejecutado por la empresa Pórticos S.A., suscrito el 21 de febrero de 2013, con Acta de Inicio del 23 de abril de 2013 y comienzo de actividades de construcción el 1 de julio de 2013, el cual se desprendió de la Fiducia Mercantil Macroproyecto Pajarito PA2 suscrito el 17 de diciembre de 2012.

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, modificada por la 482 de 2022, 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 067 de 03 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado **001 de 2018**.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHOS INVESTIGADOS

Mediante Memorando 201700012082 del 19 de diciembre de 2017, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Obras Civiles, remite a este Despacho, hallazgo con incidencia fiscal que se encuentra contenido en el informe de Auditoría Regular Vigencia 2016, visible en CD a folio 5, y que reza lo siguiente:

Proyecto de vivienda nueva: Cucaracho -Atardeceres

Hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal N°9 (Corresponde a la Observación No. 9 del Informe Preliminar) Omisiones de requisitos en la etapa de planeación del proyecto Atardeceres.

El proceso de selección y la suscripción del contrato de obra se efectuaron sin disponer de los diseños, ni de la licencia de construcción correspondiente, estas omisiones en la planificación que a continuación se describen se evidenciaron en la



revisión de la documentación suministrada por el ISVIMED (registros precontractuales e informes de la empresa de interventoría).

En el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2 –Cucaracho posteriormente denominado Atardeceres–; suscrito el 17 de diciembre de 2012, entre el Instituto de Vivienda y Hábitat –ISVIMED–y Alianza Fiduciaria S.A., –con el objeto de que Alianza, como vocera del fideicomiso realice entre otras las siguientes actividades: a) Adelante el proceso de invitación, selección y contratación directa del diseño, la construcción y la interventoría según previa instrucción del ISVIMED” –

El 17 de enero de 2013 se suscribió con la empresa Coninsa Ramón H SA el contrato para la elaboración de los diseños⁷, previamente, el 30 de octubre de 2012 se había efectuado el proceso de selección del contratista de obra, este contrato se firmó con la empresa Pórticos SA., el 21 de febrero de 2013; en esta misma fecha se abrió la convocatoria para la selección del contrato de interventoría, mediante la Invitación Privada 05 de 2013; en la que fue elegida la empresa Estructuras Interventoría y Proyectos–EIP Ltda. –, este contrato fue refrendado el 15 de abril de 2013. El acta de inicio tanto del contrato de obra, como el de interventoría se suscribieron el 23 de abril de 2013.

Ahora bien, la licencia de construcción para el proyecto Cucaracho-Atardeceres fue concedida el 31 de mayo de 2013 mediante la Resolución C3-0234, es decir, la licencia de construcción fue otorgada en una fecha posterior a los procesos de selección y de contratación, tanto del contrato de obra, como el de interventoría.

No obstante haberse establecido la fecha de inicio para el 23 de abril de 2013, los diseños definitivos fueron entregados el 29 de junio de 2013 por la empresa Coninsa Ramón H., por consiguiente, las actividades de construcción del proyecto comenzaron el 1 de julio de 2013, periodo durante el cual se generaron unos sobrecostos, tasados por la empresa de interventoría: Estructuras Interventoría Proyectos –EIP– Ltda., en \$108.772.907. (Ver cuadro N°13)

Otro aspecto, que guarda relación con lo anteriormente presentado es que el acta de cabida del proyecto levantada el 15 de julio de 2013, no fue posible firmarla, porque el proyecto en la Torre1 no cumplió con el retiro exigido en la Licencia de Construcción C3-0234; –el retiro en la obra es de 4,10m entre paramentos de la Torre1 con relación a la vía y según la Licencia debe ser de 5,0 m–, lo que obligó a efectuar variaciones al proyecto de vivienda.

Cuadro 13. Sobrecosto contrato de Interventoría. (Cifras en pesos)

Costo contrato de interventoría, contratista -EIP Ltda-				
Periodo 23 abril 2013-30 junio de 2013				
Cargo	Cantidad ejecutada	Salario y/o tarifa mensual	Dedicación	Valor parcial
Director de interventoría	2,30	8.580.000,00	0,50	9.867.000,00
Residente de interventoría	2,30	4.524.000,00	1,00	10.405.200,00
Residente de interventoría administrativo	2,30	3.588.000,00	1,00	8.252.400,00
Tecnólogo en construcciones civiles (2 personas)	2,30	5.304.000,00	1,00	12.199.200,00
Residente ambiental	2,30	3.276.000,00	0,50	3.767.400,00
Tecnólogo SISO		2.028.000,00	0,50	
Gastos indirectos fijos de oficina				
Secretaría	2,30	1.399.415,00	0,30	965.596,45
Mensajería	2,30	383.070,00	1,00	851.051,00
Servicios públicos	2,30	385.000,00	0,30	265.850,03
Administración	2,30	165.000,00	0,30	113.850,01
Papelaria, fax, edición de informes CD, DVD, Fotocopias, fotografías etc	Mes	2,30	120000	276.000,00
Costo total				46.993.357,48

Fuente: -EIP Ltda.- elaboró equipo auditor

Cuadro 14. Sobrecosto contrato de Obra (Cifras en pesos)

Costos contrato obra -contratista Pórticos						
Periodo 23 abril 2013-30 junio de 2013 (2,3 meses)						
Personal requiendo	Und	Dedicación	cantidad	Valor total	Subtotal	Total
Director de obra	mes	100%	2,3	7.176.436,08	16.505.804	
Residente técnico	mes	100%	0	5.296.893,74	0	
Residente administrativo	mes	100%	2,06701	4.681.000,00	10.087.400	29.033.704
Residente ambiental	mes	50%	2	2.440.500,00	2.440.500	
Tecnólogo	mes	100%	0	2.031.306,50	0	
Tecnico SISO	mes	100%	0	1.958.745,30	0	
Maestro	mes	100%	0,9	3.421.400,00	3.079.260	12.556.746
Maestro	mes	100%	1,167	3.079.280,00	3.592.470	
Almacenista	mes	100%	2,033	2.854.270,03	5.885.016	

Fuente: -EIP Ltda.- elaboró equipo auditor



Cuadro 15. Sobrecostos personal adicional (Cifras en pesos)

Personal adicional incluido asesores			
	abril-mayo	mayo-junio	totales
Asesor laboral	5.461.350	5.461.350	10.922.700,00
Asesor contable			
Asesor de programación			
Coordinador de calidad			
Director financiero			
Revisor fiscal	1.033.200	1.033.200	2.066.400,00
Secretaría y papelería			
Computadores,	3.600.000	3.600.000	7.200.000,00
puestos de trabajo ,			
otros			
Costo total			61.779.550,36

Fuente: -EIP Ltda.- elaboró equipo auditor

Estas irregularidades en la planeación de este proyecto por parte de Alianza Fiduciaria, el ISVIMED y Coninsa Ramón H. se reflejaron en el desarrollo de la obra, puesto que retrasaron el logro del objetivo propuesto e incrementaron el valor del proyecto. Asimismo, evidencian una trasgresión del principio de la función administrativa⁶ de Economía en el sentido de que dicho principio "constituye una orientación para que el cumplimiento de los fines del Estado se proyecte buscando el mayor beneficio social al menor costo". Este principio permite a su vez establecer una relación con los principios de la gestión fiscal de Eficiencia y Eficacia definidos en la Ley 42 de 1993 – Artículo 8°: *La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas*".

Los sobrecostos en que se incurrió durante el periodo descrito entre el 23 de abril de 2013 y el 1 de julio de 2013 vulneran los principios de la gestión fiscal de Eficiencia y Eficacia, toda vez que el personal, tanto del contratista como de la interventoría estuvo dispuesto, sin embargo, la construcción del proyecto de vivienda Cucaracho-Atardeceres no se había iniciado por la falta de diseños definitivos. Estas acciones configuran un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal por valor de \$108.772.907

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales se identificaron en el Auto de Apertura de Investigación Fiscal² a la señora MARÍA EUGENIA LOPERA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 43.639.656; al señor ADRIÁN FELIPE BECERRA GUERRA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 71.798.324; y la empresa CONINSA RAMÓN H, con NIT. 890911431-1. Se adicionó el Auto de Apertura³ en contra de los señores DIEGO RESTREPO ISAZA, identificado con cédula 71.704.377 y JORGE EDUARDO GARCÍA CORDOVA, identificado con Cédula 71.695.417.

² Folios 466 al 470

³ Folios 676 al 687

2.3. 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-CUCARACHO, en cuya ejecución se presentó el detrimento patrimonial investigado.

2.4. DAÑO PATRIMONIAL Y DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA.

El daño patrimonial objeto de investigación se estableció en el Auto de Apertura por un valor de DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS (\$231.342.208).

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

En el presente proceso se vinculó como tercero civilmente responsable a la Compañía Aseguradora **SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.**, NIT 860.524.654-6; **LA PREVISORA SEGUROS S.A.**, NIT. 860005100-2; y **AXA SEGUROS COLPATRIA**, NIT. 8600021874-6.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

2.6.1. Por medio del Auto 025 del 23 de enero de 2018, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, comisiona a la abogada **NORA MARÍA CASTAÑEDA OQUENDO**, para tramitar y adelantar el Proceso de Responsabilidad Fiscal 01 de 2018 (Fl. 1).

2.6.2. A través de Auto 006 del 16 de enero de 2018, se Apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal 01 de 2018 (Fls. 466-470).

2.6.3. Mediante Auto 225 del 7 mayo de 2018, se decreta la incorporación y práctica de unas pruebas (Fls. 603-606).

2.6.4. Por medio de Auto 406 del 10 de julio de 2018, se decreta la incorporación y práctica de pruebas (Fls. 627-628).

2.6.5. A través de Auto 324 del 17 de mayo de 2019 se traslada informe decretado como prueba (Fl. 675).

2.6.6. Mediante Auto 430 del 18 de junio de 2019, se adiciona el auto de apertura (Fls. 676-681).

2.6.7. Por medio de Auto 433 del 21 de junio de 2019, se decide una solicitud de archivo (Fls. 683-686).

2.6.8. A través de Auto 736 del 01 de octubre de 2019, se comisiona a la abogada PAULA ANDREA ORTEGA ESCOBAR, para tramitar y adelantar el proceso de responsabilidad fiscal (Fls. 715-716).

2.6.9. Mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020 se suspenden los términos dentro del proceso de responsabilidad fiscal, acatando lo dispuesto por el superior (Fl. 736).

2.6.10. A través de Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se reanudan los términos dentro del proceso de responsabilidad fiscal (Fls. 741-742).

2.6.11. Por medio de Auto 394 del 19 de agosto de 2021, se comisiona a la abogada ANA BEATRIZ GUERRA, para adelantar y tramita el proceso de responsabilidad fiscal (Fls. 748-749).

2.6.12. Mediante Auto 635 del 25 de noviembre de 2021 se decreta la práctica de unas pruebas (Fls. 750-751).

2.6.13. A través de Auto 040 del 26 de enero de 2022, se comisiona al abogado JUAN MARIO BUSTAMANTE para tramitar el proceso de responsabilidad fiscal. (Fl. 796).

2.6.14. Por medio de Auto 089 del 21 de febrero de 2022, se decreta la práctica e incorporación de unas pruebas (Fls. 798-800).

2.6.15. Mediante Auto 533 se decreta la práctica e incorporación de unas pruebas (Fl. 809).

2.6.16. A través de Auto 616 del 19 de octubre de 2022, se decreta la práctica e incorporación de unas pruebas (Fl. 876).

2.6.17. Mediante Auto 639 del 25 de octubre de 2022, se comisiona a la abogada PAULA ANDREA ORTEGA ESCOBAR, para tramitar el proceso de responsabilidad fiscal (Fl. 831).

2.6.18. Por medio de Auto 797 del 1 de diciembre de 2022, se decreta la práctica e incorporación de unas pruebas (Fls. 832-834).

2.6.19. En el Auto 067 del 3 de febrero de 2018, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó el **ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 001 de 2018. (Fls. 923-971).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión objeto de revisión, se trata del **Auto 067 del 3 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 responsables⁴.

Para arribar a tal decisión, el Operador Jurídico de la Primera Instancia inició por efectuar 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 es el proyecto habitacional Cucaracho hoy llamado Atardeceres

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 encontrarse 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 Habitacional Cucaracho hoy llamado Atardeceres (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

⁴ Folios 923-971.

iii) La figura de contrato de obra por administración delegada.

Analizados tales tópicos y luego de realizar presiones sustanciales sobre las figuras jurídicas de la Fiducia Mercantil y el patrimonio autónomo, como se muestra:

"(...) los esquemas fiduciarios, incluidos el contrato de fiducia mercantil, el carácter público de los recursos fideicomitados se encuentra asociado a la naturaleza de la entidad que suscribe el respectivo contrato de fiducia mercantil y que, con ocasión del mismo, los entrega para la conformación del patrimonio autónomo. Esta sola circunstancia bastaría para asegurar válidamente que a la luz de las disposiciones que rigen la vigilancia y control del sistema financiero, la naturaleza pública del recurso se mantiene pese a la transferencia al fiduciario en tanto proviene de una entidad pública que ha suscrito el acto constitutivo.

Con el reconocimiento de estas características a la fiducia mercantil celebrada por entidades públicas es posible concluir que, si bien los recursos fideicomitados dejan de hacer parte del patrimonio del fideicomitente, siendo este traslado un mecanismo necesario para la administración de los bienes por parte de la fiduciaria (separación patrimonial), dichos recursos se mantienen vinculados a los fines perseguidos por quien ha constituido la fiducia (instrumentalidad). Se podría decir entonces que aunque los bienes no son del fideicomitente, el uso de estos sí se encuentra indefectiblemente atado a su voluntad (...)"

Acto seguido, 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."

Para concluir esta delimitación, el Operador Jurídico se respaldó en los siguientes fundamentos jurídicos:

"(...) El artículo 267 de la Constitución Política, establecía antes del acto legislativo 04 de 2019:

"ARTÍCULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.



Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Por su parte el artículo 272 de la Constitución, consagraba:

“ARTÍCULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Dentro de este marco constitucional, diversas normas legales han regulado la competencia de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales. Así, se tiene que el artículo 4, inciso 2° de la ley 42 de 1993 dispone que el control fiscal “será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales... conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente ley”. En armonía con lo anterior, el artículo 65 ibídem estatuye lo siguiente, en su parte pertinente:

“Artículo 65. Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente Ley.

A su vez el Decreto Ley 267 de 2000 “Por el cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, en el numeral 6 del artículo 5, reguló la competencia de la Contraloría General de la República, en aquellos casos en los que la Nación transfiera a entidades territoriales recursos a cualquier título, así:

“Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:

1. Ejercer de forma **prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales**, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones legales". SNFT

En relación con la disposición normativa transcrita la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad C-127-02, se pronunció de la siguiente manera:

"De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional.

Sin embargo, es claro que el ejercicio simultáneo del control fiscal por la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales en relación con la gestión pública que se cumple por las entidades territoriales, constituiría una innecesaria duplicidad de funciones, que además de multiplicar su costo en nada contribuiría a la eficacia ni a la eficiencia y celeridad de la función administrativa, por lo que se impone admitir que la Constitución no puede ser interpretada para conducir a ese resultado.

Por otra parte, no resulta admisible una interpretación según la cual cuando se trate de la administración y manejo de fondos o bienes de origen nacional la Contraloría General de la República ejerza de modo privativo, exclusivo y excluyente, el control y la vigilancia de la gestión fiscal aun cuando esos fondos o bienes hubieren sido transferidos por la Nación a las entidades territoriales, pues ello equivaldría a ignorar la existencia del artículo 272 de la Carta, como si existiera tan sólo el artículo 267, inciso primero de la misma. Y, del mismo modo, resulta igualmente inadmisibles la interpretación contraria, que llevaría entonces a aceptar que transferidos fondos o bienes de la Nación a las entidades territoriales, en la vigilancia de la gestión fiscal de estas no podría tener ninguna competencia la Contraloría General de la República.

Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión **la existencia de una competencia concurrente**, para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República. Es pues, claro que el fundamento de la exequibilidad de la norma acusada no lo es el control excepcional sino, en forma directa, el que se desprende de los artículos 267 inciso primero, 272 y 286 de la Carta.

Así las cosas, no encuentra entonces la Corte que resulte inexequible lo dispuesto por el artículo 5 numeral sexto del Decreto - Ley 267 de 2000, como quiera que bien puede el legislador establecer competencias prevalentes, como lo hizo en este caso y en nada se vulnera norma alguna de la Constitución cuando para este efecto ordena que exista



*coordinación entre las actividades que cumplan para la vigilancia de la gestión fiscal tanto la Contraloría General de la República como las Contralorías Territoriales.
(...)"*

Con respecto a la delimitación fáctica el hecho generador del daño el Operador Jurídico de la Primera Instancia sostiene que no es el periodo que estuvo disponible el personal de obra e interventoría sin iniciar⁵, sino que obedeció a causa de las deficiencias de planeación, por no disponer de diseños definitivos, de licencia de construcción, definición y autorización para traslado de redes existentes, previo a la etapa precontractual del contrato de obra⁶, como se explica en el siguiente extracto:

*"(...) Lo que indica que el hecho generador del daño encontrado por el equipo auditor no se remonta a la fecha de ocurrencia del daño, es decir al período comprendido entre **23 de abril de 2013 y el 1 de julio de 2013** (período en el que estuvo disponible el personal de obra, sin que la misma se pudiera iniciar), sino que es anterior a la suscripción del contrato de administración delegada para construcción, entre Alianza Fiduciaria y la Empresa Pórticos S.A., pues es precisamente en la **etapa precontractual**, en la que se deben planear y efectuar los estudios y diseños requeridos para la nueva obra.*

*Al respecto el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, **que regula el principio de economía**, 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".

Es de tener en cuenta que si bien el contrato de administración delegada para la construcción de Viviendas de Interés Prioritario (VIP), en cuya etapa precontractual (planeación), el equipo auditor encuentra deficiencias, se rige por el derecho privado, en virtud de lo dispuesto por el inciso 5° del artículo 6° de la Ley 1537 de 2012, no por esta razón es ajeno a los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, pues acorde con lo establecido en el parágrafo 4° del artículo 6° de la misma Ley, las

⁵ 23 de abril de 2013 y 1 julio de 2013

⁶ Contrato de obra ejecutado por la empresa Pórticos S.A., suscrito el 21 de febrero de 2013, con Acta de Inicio del 23 de abril de 2013 y comienzo de actividades de construcción el 1 de julio de 2013, el cual se desprendió de la Fiducia Mercantil Macroproyecto Pajarito PA2 suscrito el 17 de diciembre de 2012.



*condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas, deberán observar los **principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad** y en especial el de selección objetiva, definidos por la Constitución y la ley, además se aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente, lo que indica de entrada que la entidad fideicomitente transfiere al patrimonio autónomo, las obligaciones que como entidad pública tiene respecto al cumplimiento de principios **en la contratación a su cargo**, dentro de los que se encuentra el de economía, que involucra la planeación (...)*

Por consiguiente, se deduce que la materialización del daño patrimonial se configura en la etapa de ejecución del contrato de construcción, en el periodo comprendido del 23 de abril de 2013 y 1 julio de 2013 donde se presentó el retraso en obra y mayor permanencia del personal de obra e interventoría, y al respecto la primera instancia indica:

"(...)Conforme al material probatorio obrante en el expediente, se tiene que el daño patrimonial investigado, se encuentra constituido por la mayor permanencia del personal de obra y de la interventoría en el proyecto habitacional atardeceres, pues pese a que estaba disponible, la obra no se podía ejecutar, en tanto no contaba con diseños definitivos, ni permisos, esto debido a que se celebraron casi que de manera concomitante los tres contratos, el de estudios y diseños, el de obra y el de interventoría (...)"

*"(...)Adicionalmente se encuentra que el acta de liquidación del contrato de administración delegada con la empresa Pórticos, firmada el 16 de noviembre de 2016 (CD folio 719), **refleja que al contratista se le pagaron todos los valores correspondientes a gastos reembolsables y a honorarios causados en la vigencia contractual**, declarándose las partes a paz y salvo por todo concepto, lo que indica que en esta fecha al finiquitarse y cerrarse las cuentas definitivas del contrato, se **consolida el daño patrimonial en desfavor del Fideicomiso PA2 Cucaracho**, sin que esto modifique la ocurrencia del hecho generador del daño, que como se indicó es anterior a la suscripción del contrato de obra y obedeció a deficiencias en la planeación del mismo (...)"*

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 definido por el equipo auditor, es decir al período comprendido 23 de abril de 2013 y 1 julio de 2013⁷, sino de acuerdo al Contrato de Fiducia Mercantil, el hecho iniciaría así:

" (...) Es el Comité Fiduciario el que da la orden para la contratación de los estudios y diseños, de la obra y de la interventoría, 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

⁷ A partir de acta de inicio del contrato de obras hasta la fecha de actividades de construcción de proyecto.



soportaran la misma, por lo que tendríamos que a partir del **26 de octubre de 2012** (día siguiente a la reunión del comité fiduciario), se iniciaba la etapa de planeación del contrato de construcción del proyecto habitacional atardeceres, la cual en estricto sentido debería ir hasta la invitación que hiciera la fiduciaria a presentar ofertas.

Sin embargo y teniendo en cuenta que realmente los estudios y diseños se requieren definitivos para el **inicio de la obra**, tendríamos como fecha final de planeación en este caso, la fecha de inicio del contrato de administración delegada para construcción, celebrado el 21 de febrero de 2013, entre Pórticos S.A. y Alianza Fiduciaria, con acta de inicio del **23 de abril de 2013**.

Lo anterior nos indica que las deficiencias evidenciadas por el equipo auditor en la planeación del contrato de obra del proyecto atardeceres se presentaron entre el **26 de octubre de 2012 y el 23 de abril de 2013**, quedándonos delimitado temporal y fácticamente el hecho generador del daño que dio lugar al traslado del hallazgo con incidencia fiscal."

Ahora bien, 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 la Primera Instancia señala:

*"(...) como se indicó de manera precedente que el hecho generador del daño, es decir la omisión en la realización de estudios y diseños definitivos, previo al inicio del contrato de obra de las viviendas inmersas en el proyecto Atardeceres, se presentó en el período comprendido entre el **26 de octubre de 2012 y el 23 de abril de 2013**, por lo que el cómputo del término de caducidad principió el **23 de abril de 2013**, cumpliéndose los cinco (5) años el día **23 de abril de 2018**.*

*Por otra parte, el auto apertura 006 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 auto 430 del **18 de junio de 2019**, se adiciona el auto de apertura, vinculando a Diego Restrepo Isaza y Jorge Eduardo García Córdoba, fecha para la cual la caducidad ya había operado en relación con los nuevos vinculados la caducidad.*

*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 y Jorge Eduardo García Córdoba, 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 (...)"*



Para llegar a tal determinación, el inferior jerárquico se apoyó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ 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 Y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA**, 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 y que si fueron vinculados oportunamente 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 obra, 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 la **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE** tampoco tuvo una participación como gestor fiscal en el hecho generador, en la medida que de acuerdo si 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 en el período del 26 de octubre de 2012 al 23 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 iniciado⁹, 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 si 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, no se evidenció por parte de este 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, desechando así una conducta dolosa o gravemente culposa,

⁸ Sentencia C-836 de 2013. Constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

⁹ Se suscribió 21 de febrero de 2013 e inicio el 26 de abril de 2013. CD folio 719.

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 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. 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 la Resolución 150 de 2021, modificada por la 482 de 2022 expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín, el Subcontralor, en asignación de 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. 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.”¹⁰.

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 lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas y la justicia es fin esencial del Estado...” (rft).

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

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones

¹⁰ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

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, 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 de 2002.

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 Constitucional¹¹ y la Ley¹².

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente el auto de archivo, esta superioridad de Grado de Consulta verificará si efectivamente las pruebas recaudadas permite determinar si en el **caso concreto**, se encuentra acreditada alguna de las causales o presupuestos axiológicos descritos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, en cuyo caso habría lugar a confirmar la decisión o contrario sensu en caso permanecer la

¹¹ Sentencia SU 620 de 1996

¹² Ley 610 de 2000

duda o constatación del detrimento establecer si se encuentran reunidos los presupuestos señalados en el artículo 48 ibídem, se procederá a revocar la decisión para que se continúe con el trámite de la actuación y la evacuación de las pruebas que resulten pertinentes, conducente y útiles para posteriormente decidir el asunto objeto del proceso en lo que en derecho corresponda.

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO –ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso concreto, la primera instancia resolvió dictar auto de archivo con relación a los sujetos procesales DIEGO RESTREPO ISAZA Y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA, considerando que respecto a estos al momento de su vinculación a través del Auto 430 del 18 de junio de 2019 mediante el que se adicionó el auto de apertura¹³, 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 abordará el principio de planeación en la contratación estatal y posteriormente se descenderá a la revisión de los argumentos de caducidad expuestos por la Primera Instancia.

El 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 8.º 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.***

*Quando 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***

¹³ Folios 466 a 470

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 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**¹⁴, 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 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, que¹⁵:

“(…) 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 -insitas 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 con 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”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 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.

¹⁵ 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.

Ahora, teniendo como partida que el principio de planeación está ligado con principio de economía, habida cuenta que, 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*, en el caso de estudio, esta disposición legal, estuvo totalmente inaplicada en el macroproyecto, como se relatara a continuación.

Según lo evidenciado por el equipo auditor el hecho generador del daño, se produce a raíz de deficiencias en la planeación del contrato de construcción, por el sistema de administración delegada de 400 unidades de vivienda de interés social prioritario (TIPO VIP) en altura, denominado proyecto habitacional denominado Cucaracho hoy Atardeceres en el municipio de Medellín, dentro del Macro Proyecto "Pajarito", suscrito entre el Fideicomiso Macroproyecto Pajarito PA2, cuyo vocero es Alianza Fiduciaria S.A., el 17 de diciembre de 2012, **con acta de inicio del 23 de abril de 2013¹⁶, sin disponer los diseños, ni la licencia de construcción correspondiente**, en la medida que solo aproximadamente un mes antes de celebrar el contrato de obra, el día 17 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. De manera, que puede decirse entonces el hecho precursor o generador del daño 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.**

En el caso bajo análisis, encuentra el Despacho al igual que lo pudo detectar el Operador Jurídico de Primer Grado, 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, tenemos los contratos de obra y de consultoría¹⁷, cuya cronología¹⁸ indica que se ejecutaron de manera concomitante, 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

¹⁶ CD folio 719.

¹⁷ CD a folio 719

¹⁸ El contrato de consultoría tenía un plazo inicial contractual de once (11 meses). Demostrando que la tanto la ejecución del contrato de consultoría como el de obra fue concomitante, iniciando el de obra 1 mes y medio después de iniciado el de estudios y diseños. A la suscripción del contrato de obra, no se contaba con estudios y diseños definitivos, ni con licencias y permisos, tenemos los contratos de obra y de consultoría en CD a folio 719, cuya cronología de entrada, nos indica que se ejecutaron de manera concomitante (consultoría inicio 4 de marzo de 2013, obra inicio 23 de abril de 2013, con plazo cada uno de 11 y 10 meses respectivamente), el informe técnico a folios 638-657, evidencia que los diseños se entregaron en vigencia del contrato de obra (28 de junio de 2013), y la licencias de construcción y urbanismo se obtuvieron igualmente en su vigencia, (31 de mayo de 2013) sumado a que los permisos de otras autoridades como EPM para la intervención de redes exigieron ajuste de diseños y se aprobaron en marzo de 2014.

las diferentes comunicaciones realizadas entre el ISVIMED, contratista y autoridades competentes. De manera se tiene la 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 del proyecto habitacional Atardeceres antes Cucaracho, debiendo ser este el límite temporal espacial para contabilizar el término de caducidad de que trata el artículo 9 de la Ley 610 de 2000¹⁹.

En el acervo probatorio, reposa el Contrato de Fiducia Mercantil²⁰, 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 21²¹), se iniciaba la etapa de planeación del contrato de construcción del proyecto habitacional Atardeceres antes Cucaracho, 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 23 de febrero de 2013, lo que conlleva a concluir que las deficiencias evidenciadas en la planeación del contrato de obra del proyecto habitacional Atardeceres antes Cucaracho se presentaron entre el 26 de octubre de 2012 y el 23 de abril de 2013.

En resumen, habiendo definido las causas de la deficiencia de planeación en la etapa precontractual del proceso de contratación del contratista de obra, del proyecto habitacional Atardeceres, e identificado el tiempo donde se presentaron tales omisiones, desde el 26 de octubre de 2012 y el 23 de abril de 2013, se permite establecer la delimitación temporal para la contabilización del término de caducidad inicio en esta última fecha, agonizando los cinco (5) años de que trata el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 el día **23 de abril de 2018**.

¹⁹ Ley 610 de 2000. Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el 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.

²⁰ Folio 845 a 853

²¹ Folios 879 a 880

Precisado lo anterior, es menester acudir a la fecha en que fueron vinculados los sujetos procesales *DIEGO RESTREPO ISAZA Y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA*, lo cual se materializó mediante **Auto 430 del 18 de junio de 2019**²² **que adicionó el auto de apertura**²³, 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.

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 sobre 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, órgano de control del nivel nacional que señaló²⁴:

“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.

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

²² Folios 776 a 781

²³ Auto 007 del 16 de enero de 2018

²⁴ CGR. Concepto 2022EE0229499 del 19 de diciembre de 2022.

concordancia con lo señalado por el artículo 14 de la ley ibídem y el artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, siendo procedente vincular al proceso a nuevos presuntos responsables sin que ello afecte el termino 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 oficina el término de esta institución **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**) trascurren de manera concurrente.

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 ya fue explico, 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 fueron vinculados.



Tampoco se puede pasar por alto, para efectos de realizar el cómputo de la caducidad, los razonamientos que ha realizado el órgano de cierre de lo contencioso administrativo quien ha indicado que materia de contratación estatal el término de caducidad de 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 estatal²⁵.

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 Y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA**, 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 posterior 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 igualmente se 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.

²⁵ “La Sección Primera de esta Corporación³⁸ 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.

Se da paso a valorar las decisiones de archivo respecto de los vinculados **CONINSA RAMÓN H. CIA. S.A.**, y **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE**, en el siguiente sentido:

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 sólido 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.²⁶

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

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C- 840 de 2021.



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 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 Amaya²⁷, 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 apropia de un bien de la misma, sobre el cual no tiene disponibilidad jurídica²⁸. En todos estos casos no habría responsabilidad fiscal, por no existir gestión fiscal propiamente dicha por parte de tales agentes (...).”

Así las cosas, este Despacho aplicando tanto lo señalado, en complemento de la revisión de las pruebas allegadas al proceso, no es congruente indilgar la calidad de gestión fiscal de 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 Atardeceres, véase la cláusula primera del contrato²⁹

²⁷ Amaya Olaya, Uriel Alberto, Teoría de la Responsabilidad fiscal: aspectos sustanciales y procesales, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

²⁸ (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 hurta bienes de esa naturaleza.

²⁹ Folio 611



CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga a favor del CONTRATANTE a REALIZAR LOS DISEÑOS ARQUITECTÓNICOS, ESTUDIOS TÉCNICOS, ELABORACIÓN DEL PRESUPUESTO Y PROGRAMACIÓN DE OBRA PARA EL PROYECTO DENOMINADO FIDEICOMISO MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – CUCARACHO, QUE HACE PARTE DEL MACROPROYECTO PAJARITO, los cuales comprenden:

- (i) La ejecución y/o contratación directamente del conjunto de todos los diseños y estudios técnicos que se requieran para la construcción del proyecto denominado "MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – CUCARACHO", en los términos del presente contrato y sus anexos.
 - a. Diseño Urbanístico y Arquitectónico
 - b. Ajuste de los levantamientos topográficos de los lotes de gran extensión
 - c. Diseños Estructurales.
 - d. Diseño de Redes de Gas natural.
 - e. Diseño de Redes Eléctricas, Alumbrado público, Telecomunicaciones y Apantallamiento.
 - f. Diseño de Redes Hidrosanitarias Internas: Acueducto, Abastíos, Lluvias y Red contra Incendio.
 - g. Diseño de vías.
 - h. Diseño de Redes generales de acueducto, Alcantarillado de aguas lluvias y residuales externas
 - i. Elaboración del presupuesto y cantidades de obra, a través del método de análisis de precios unitarios.
 - j. Elaboración de la Propuesta de programación de obra.
- (ii) La administración por parte del contratista del conjunto de los siguientes diseños y estudios técnicos adicionales a los anteriores que se requieran para la construcción del proyecto denominado "MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – CUCARACHO" y autorizados para su contratación directamente y bajo la responsabilidad del coordinador, en los términos del presente contrato y sus anexos.
 - a. Estudio de Suelos y Estabilidad
 - b. Inventario Arbóreo
 - c. Estudio Hidrológico
- (iii) La supervisión arquitectónica de la construcción del proyecto denominado MACROPROYECTO PAJARITO PA2 – CUCARACHO, durante toda la etapa de construcción hasta la entrega final del mismo, en los términos del presente contrato y sus anexos

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 del proyecto Cucaracho hoy Atardeceres.

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.

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 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)³⁰.

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 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.

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.

En lo concerniente a la Señora **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE**, ostentaba el cargo de Subdirectora de Dotación de Vivienda y Hábitat desde el **6 de mayo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015**, como consta en el certificado laboral a folios 477-479, lapso de tiempo que no se encuadra en el periodo del hecho generador del daño del caso en revisión causada entre **26 de octubre de 2012 al 23 de abril de 2013** fecha donde se desatendió el principio de planeación, en la etapa precontractual del contrato de obra, lo que se puede deducir que a la fecha de la posesión de la investigada ya se había suscrito el contrato de obra el día 21 de febrero de 2013, concluyendo la no intervención de la investigada en el resultado del hecho lesivo, causa de investigación del plenario.

En síntesis, como se demuestra en lo arriba expuso, los dos investigados les procede el archivo a su favor por estar acreditados en la causal de “no comporta gestión fiscal” estipulada en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

En este sentido la decisión sometida a consideración se CONFIRMARÁ.

³⁰ Contraloría General de la República. Concepto 80112 2008 EE 6493 del 14 de Febrero 14 de 2008

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 y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA** (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:

En el plenario obra el Acta No. 021 del Comité Fiduciario³¹, 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 interventoría del proyecto habitacional “Cucaracho –Atardeceres”, 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.

Ahora bien, diferente a lo que ocurre con la situación de la señora **MARÍA EUGENIA LOPERA MONSALVE**, el señor **BECERRA**, si estuvo investido 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 es 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 o culpa grave según lo exige el artículo 5 de la Ley 610 de 2000³² al definir cuáles son los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal.

³¹ Folios 879 a 880

³² 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.

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 allí³³:

“3.1 CONTRATACIÓN DE OBRA:

El presente comité se propone definir las acciones a seguir para la contratación del diseño, la construcción e interventoría 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-costos 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

³³ Folios 879-880

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 interventoría de obra de los proyectos mencionados, las invitaciones se realizarán 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 interventoría 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 interventoría 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 interventoría 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 es 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**³⁴.

³⁴ 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 cargo a los recursos fideicomitados, 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.



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** en calidad de Director de ISVIMED y **JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA**, en calidad de Subdirector de Apoyo Jurídico, 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 atribuírsele una calificación dolosa o gravemente culposa, puesto que en la misma se desecha un comportamiento doloso o culposo 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. 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 señor BECERRA no le es predicable un dolo o culpa grave en la conducta investigado que si suscribió el acta señalada, mucho menos sería posible imputar bajo esas modalidades a los señores **DIEGO RESTREPO ISAZA** y **JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA** quienes no suscribieron el acta.

En 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 del sujeto investigado, 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.”

Y en otra providencia se pronunció sobre el alcance la culpa grave señalando³⁵:

*“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 desaparece o se desvirtúa un dolo o culpa grave en la calificación de la conducta investigada como

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933.

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 indilgar responsabilidad fiscal a los investigados **DIEGO RESTREPO ISAZA** y **JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA**, 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.

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**³⁶ 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

³⁶ (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.

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, y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA** 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 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 067 del 3 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 Cucaracho (Atardeceres), 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; y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA, identificado con cédula 71.737.060.**

El proveído confirmado, **será aclarado** en el sentido que la decisión de archivo frente a los sujetos **DIEGO RESTREPO ISAZA, y JORGE EDUARDO GARCÍA CÓRDOVA** 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.

Finalmente se advierte, que en el evento de que con posterioridad aparecieren nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo que 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 asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto 067 del 3 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 001 de 2018**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

ARTICULO SEGUNDO: CONFIRMAR la DESVINCULACIÓN de las aseguradoras LA PREVISORA DE SEGUROS S.A., NIT. 860005100-2; AXA SEGUROS COLPATRIA, NIT. 8600021874-6; y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, NIT. 860524654-6.

ARTÍCULO TERCERO: ACLARAR que el archivo del presente proceso a favor de los sujetos DIEGO RESTREPO ISAZA, y JORGE EDUARDO GARCÍA CORDOVA, **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 CUARTO: ADVERTIR que en el evento de que con posterioridad aparecieran nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo que de 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 QUINTO: Notificar por estado la presente decisión, conforme a lo dispuesto en el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, a los presuntos responsables y al tercero civilmente responsable.

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ PATIÑO

Subcontralor en Funciones de Contralor Distrital de Medellín

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

Proyectó: Elizabeth Montoya - Profesional Universitario II

