



DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 016 DE 2023

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 033 DE 2020**

Medellín, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia Consultada:	Auto N° 048 del treinta (30) de enero de 2023 , por medio del cual se ordenó el archivo del el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 033 de 2020.
Entidad afectada:	EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ - METRO DE MEDELLÍN LTDA., con NIT 890.923.668-1
Presuntos Responsables:	-TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.475.639. - ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.777.855. - PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 43.593.689 - ANDRÉS MIRA URIBE, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.550.938.
Garante vinculada:	CHUBB SEGUROS COLOMBIA, identificada con NIT 860.026.518-6
Hecho investigado:	<i>"(...) al revisar la subcuenta 740203 – sueldos y salarios, se evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 24 octubre de 2019, realizó un gasto con documento de pago 9100045398 por \$38.114.479 y Factura 17184 del 26 de septiembre de 2019 expedida por ALMACENES ALMAXIMO SAS NIT 860.045.854-7, por la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, dentro de la celebración del día de los niños, Contrato 002617C-19, no estando autorizado este tipo de gastos en las normas y disposiciones legales de austeridad en el gasto público, ni dentro de los programas de bienestar social e incentivos para los servidores públicos."</i>
Cuantía	TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$37.313.755)
Temas y subtemas	Elemento daño patrimonial / Existencia y certeza del daño patrimonial para la configuración de la responsabilidad fiscal / Inexistencia de daño como causal de archivo en el proceso de responsabilidad fiscal / Configuración del hallazgo fiscal.
Decisión	CONFIRMA la decisión consultada. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia



I. OBJETO A DECIDIR

El 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 los artículos 267, 268 numeral 5, 272 inciso 5 de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; así como la Resolución 150 de 2021 modificada por la 482 de 2022 del Despacho del Contralor Distrital de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta la decisión de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 033 de 2020, adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva a través del Auto 048 del 30 de enero de 2023.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La presente actuación fiscal tiene origen en el hallazgo 7 detectado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Movilidad y Servicios de Transporte Público en ejecución de la evaluación del Componente Financiero de la Auditoría Regular adelantada a la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ - METRO DE MEDELLÍN LTDA., vigencia 2019; por el pago realizado el día 24 de octubre de 2019 por concepto de compra de obsequios para los hijos de los servidores de la entidad entre los 0 y 12 años de edad, en el marco de la celebración del día de los niños, gasto que no se encuentra autorizado en las disposiciones legales de austeridad en el gasto público ni en los programas de bienestar social e incentivos para los servidores públicos. Hallazgo fiscal cuyo monto fue cuantificado inicialmente en la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M.L (\$38.114.479).

La Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal trasladó el hallazgo fiscal con los anexos que lo soportan, mediante Memorando 202000003646 del 8 junio de 2020 a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, donde se le asignó el Radicado 033-2020. (Folio 19 y anexos Folios 20 a 30 - incluye CD).

El equipo auditor de la CAAF¹ Movilidad y Servicios de Transporte Público, describió el hallazgo 7 en los siguientes términos, en el "Informe Definitivo Auditoría Regular Resultados Evaluación componente Control Financiero 2019" (Folios 83 a 85 archivo

¹ Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal.



"20200512- INFORME DEF FYF METRO 2019" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7 CD anexos Folio 27 expediente):

"Hallazgo No. 7 que corresponde a la observación No. 7. Destinación de recursos públicos en la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad: el equipo auditor al revisar la subcuenta 740203 – sueldos y salarios, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 24 octubre de 2019, realizó un gasto con documento de pago 9100045398 por \$38.114.479 y factura 17184 del 26 de septiembre de 2019 expedida por ALMACENES ALMAXIMO SAS, NIT 860.045.854-7, por la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, dentro de la celebración del día de los niños, contrato 002617C-19, no estando autorizado este tipo de gastos en las normas y disposiciones legales de austeridad en el gasto público, ni dentro de los programas de bienestar social e incentivos para los servidores públicos.

Si bien la entidad, dentro del programa de bienestar y calidad de vida del Metro de Medellín Ltda., documento DR1217 Versión 3 vigente desde el 10 de mayo de 2019, contempla cuatro áreas de intervención, con cuarenta y cuatro actividades o programas dirigidos a todos los servidores de la empresa; y dentro del área de familias saludable se contempla el desarrollo de programas creados para el servidor y su grupo familiar primario en los cuales tiene la posibilidad de aprender, integrarse y recibir beneficios, siendo uno de estas temáticas la definida como "Fiesta de los niños"; no está permitido que la entidad en dicha celebración otorgue obsequios a los hijos de los servidores con cargo a los recursos del Tesoro Público, bajo la premisa de ser un evento de reconocimiento a los hijos de los servidores entre los cero (0) y los doce (12) años de edad, ya que las entidades públicas tiene prohibidos entre otras cosas la realización de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones de las entidades con cargo a los recursos del Tesoro Público, Artículo 12 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el Decreto Nacional 2209 de 1998, modificado por el Art. 2, Decreto Nacional 2445 de 2000.

Por otra parte, los programas de bienestar social que adelantan las entidades públicas, con fundamento en los Decretos 1567 de 1998 y 1083 de 2015, pueden estructurarse dentro del área de protección social y servicios, cubriendo necesidades en el campo educativo, de vivienda, de salud, de recreación; así como en el área de calidad de vida laboral; también deberán atender necesidades detectadas con amplia cobertura institucional y procurar la calidad y el acceso efectivo a dichos programas, dentro de los principios de eficiencia, eficacia, economía y celeridad, no pueden tener como objeto, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie, ni mucho menos ignorar la política estatal de austeridad y autocontrol en el gasto público.

Es de anotar, que si bien el Metro de Medellín Ltda., mediante Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016, compila y adopta medidas de austeridad en la Empresa, en esta resolución no se mencionan ni se adoptan medidas similares a las expedidas a nivel nacional en cuanto a la prohibición de realización de fiestas, agasajos, celebraciones o conmemoraciones con cargo al Tesoro Público, así como tampoco



hay correlación en cuanto a las prohibiciones establecidas en el Decreto 1198 del 17 de mayo de 2006 del Municipio de Medellín y principios contemplados en el Acuerdo Municipal 50 de 2012 del Concejo Municipal, referentes normativos que se citan en la parte considerativa de la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016.

*Igualmente, los Artículos 2.8.4.1.2 y 2.8.4.6.3 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015 del Sector Hacienda y Crédito Público, disponen: “Artículo 2.8.4.1.2. **Medidas para las entidades territoriales.** Las entidades territoriales adoptarán medidas equivalentes a las aquí dispuestas en sus organizaciones administrativas”. (...) “Artículo 2.8.4.6.3. **Celebración de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones.** Está prohibida la realización de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones de las entidades con cargo a los recursos del Tesoro Público”.*

En correlación con lo anterior, el Gobierno Nacional ha dado directrices y es enfático en que los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie, tal como lo establece el Artículo 18 del Decreto 2467 del 28 de diciembre 2018, por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2019, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos; preceptos que el Metro de Medellín Ltda., no puede desconocer, so pretexto de la existencia o no de regulación local sobre la materia.

La situación descrita, es constitutiva de un presunto detrimento patrimonial, por supuesta violación de los principios de eficiencia y eficacia contemplados en el Artículo 8 de la Ley 42 de 1993, toda vez que, la asignación de los recursos públicos no fue la más conveniente para maximizar sus resultados, dado que se realizó obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, sin la existencia de soportes o justificación legal válida, y por lo tanto, tampoco se cumplió con los objetivos y metas propuestos con el programa de bienestar y calidad de vida del Metro de Medellín Ltda., por cuanto no es viable que contemple regalos, ya que el programa de bienestar va encaminado al beneficio y crecimiento personal del empleado (educación, recreación, cultura y capacitación) y a su vez al mejoramiento continuo de la Entidad, cosa que no se dio en el caso objeto de análisis.

*Esto se presentó por falencias, en la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 de austeridad de la empresa, al no acoger ni adoptar las medidas de austeridad en el gasto público expedidas por el Gobierno Nacional, también por errores en la identificación y construcción de los programas y actividades del Programa y Calidad de Vida del Metro, en sincronía a los criterios y lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional para los programas de bienestar social e incentivos, a fin de que las decisiones de los gastos de la Empresa se ajusten a criterios de eficiencia, economía y eficacia con el fin de racionalizar el uso de los recursos públicos, configurándose un **hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal, por valor de \$38.114.479”.***

Mientras en el formato de traslado de hallazgos fiscales adjunto al Memorando del 8 de junio de 2020, se sintetizó la irregularidad con incidencia fiscal, como sigue (Folio 20 vto. expediente y archivo "FORMATO TRASLADO HALLAZGO 7-0000101726" CD anexos Folio 27):

3. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL HALLAZGO FISCAL
DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS
El equipo auditor al revisar la subcuenta 740203 – sueldos y salarios, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 24 octubre de 2019, realizó un gasto con documento de pago 9100045398 por \$38.114.479 y factura 17184 del 26 de septiembre de 2019 expedida por ALMACENES ALMAXIMO SAS NIT 860.045.854-7, por la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, dentro de la celebración del día de los niños, contrato 002617C-19, no estando autorizado este tipo de gastos en las normas y disposiciones legales de austeridad en el gasto público, ni dentro de los programas de bienestar social e incentivos para los servidores públicos.

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales se determinaron, tanto en el formato de traslado de hallazgo fiscal como en el Auto de Apertura 404 del 28 de diciembre de 2020² (Folio 42 expediente), a los siguientes:

- TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.475.639, en calidad de Gerente General.³
- ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.777.855, en calidad de Gerente de Abastecimiento y Logística.⁴
- PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ, portadora de la cédula de ciudadanía No. 43.593.689, en calidad de Jefe del Área de Gestión del Talento Humano.⁵
- ANDRÉS MIRA URIBE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.550.938, como Gerente Administrativo.⁶

² Folios 37 a 46 expediente

³ Carpeta HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO / subcarpetas 4.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No 7 / Soportes Responsabilidad Fiscal / Tomas Andres Elejalde Escobar / Nombramiento.

⁴ Carpeta HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO / subcarpetas 4.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No 7 / Soportes Responsabilidad Fiscal / Andres Tamayo Bustamante / Nombramiento.

⁵ Carpeta HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO / subcarpetas 4.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No 7 / Soportes Responsabilidad Fiscal / Paula Andrea Rojas Gonzalez / Nombramiento.

⁶ Carpeta HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO / subcarpetas 4.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No 7 / Soportes Responsabilidad Fiscal / Andres Mira Uribe / Nombramiento.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA


Como entidad afectada se identificó a la **EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ LIMITADA- METRO DE MEDELLÍN LTDA**, sociedad de responsabilidad limitada clasificada como Empresa Industrial y Comercial del Estado – EICE-⁷, identificada con el NIT 890.923.668-1, cuyo Representante Legal es TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR, portador de la cédula de ciudadanía N° 79.475.639, quien además funge en calidad de Gerente General. (Folio 42 expediente)

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


El daño patrimonial ocasionado al METRO DE MEDELLÍN LTDA, se estableció en el Auto de Apertura (Folio 43 expediente), en la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M.L. (\$38.114.479).

No obstante, el *a quo* en el Auto de Archivo 048 del 30 de enero de 2023 (Folio 201 expediente), señaló que debía tomarse como valor del daño patrimonial, la suma de **TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$37.313.755)**, que corresponde al valor total de Factura 17184 de septiembre 26 de 2019,- luego de retención por \$800.724-⁸; y lo efectivamente cancelado por la Entidad, según se lee del documento de Egreso N° 2019- 9100045398 de octubre 24 de 2019.⁹

- Factura 17184 de septiembre 26 de 2019 de ALMACENES MÁXIMO S.A.S.



NIT: 860045854-7



SONOS GRANDES CONTRIBUYENTES
ACTIVIDAD CIUU 4765
TARIFA ICA 11.04 X1000
DOCUMENTO OFICIAL AUTORIZACION FACTURACION
18762013924000 00-04-2019
17 1 A 999999

Representación Gráfica de la Factura de Venta Electrónica

CLIENTE: METRO DE MEDELLIN LTDA. C.C & NIT: 890923668 DIRECCION: CL 44 45 001 CIUDAD/PAIS: BELLO, CO TELEFONO: 4548888	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th colspan="3">FECHA DE FACTURA</th> </tr> <tr> <th>DIA</th> <th>MES</th> <th>AÑO</th> </tr> <tr> <td>26</td> <td>09</td> <td>2019</td> </tr> </table>	FECHA DE FACTURA			DIA	MES	AÑO	26	09	2019	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th colspan="3">FACTURA DE VENTA</th> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center;">17184</td> </tr> </table>	FACTURA DE VENTA			17184		
FECHA DE FACTURA																	
DIA	MES	AÑO															
26	09	2019															
FACTURA DE VENTA																	
17184																	
	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th colspan="3">VENCIMIENTO</th> </tr> <tr> <th>DIA</th> <th>MES</th> <th>AÑO</th> </tr> <tr> <td>26</td> <td>10</td> <td>2019</td> </tr> </table>	VENCIMIENTO			DIA	MES	AÑO	26	10	2019	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th colspan="3">FORMA DE PAGO</th> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center;">CREDITO A 30 DIAS</td> </tr> </table>	FORMA DE PAGO			CREDITO A 30 DIAS		
VENCIMIENTO																	
DIA	MES	AÑO															
26	10	2019															
FORMA DE PAGO																	
CREDITO A 30 DIAS																	

⁷ Tomado de https://www.metrodemedellin.gov.co/Portals/1/archivos_metro/leydetransparencia/2019-06-20-ESTATUTOS-METRO-MEDELLIN.pdf?ver=2019-11-18-073128-377.

⁸ Folio 29 expediente, y Carpeta "HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO" / subcarpeta 4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7 / archivo "20190926-FACTURA 17184 ALMACENES M."

⁹ Folio 30 expediente Carpeta "HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO" / subcarpeta 4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7 / archivo "20191024-EGRESO 9100045398".



VALOR EN LETRAS: TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON 00/100 M/CTE	SUB TOTAL	\$ 32.028.974
	DESCUENTO	\$ 0
	IVA	\$ 6.085.555
	RETENCION	\$ 800.724
	TOTAL	\$ 37.313.755

- Egreso N° 2019- 9100045398 de octubre 24 de 2019



Acordeon: 1600002429
ALMACENES MAXIMO S.A.S.
NIT/CED: 8600458547
Tel. 51-4395498 3111
Fax: 51-4395498

Email: analista_impuestos@pepeganga.net
Ciudad: BOGOTÁ

METRO DE MEDELLÍN LTDA
Nit: 860.933.868-1
Tel. 4548888
Web: www.metrodemedellin.gov.co
EGRESO: 2019-9100045398

Fecha: 24.10.2019
VALOR: 37.313.755.06

Pág. 1

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

Como tercero civilmente responsable en el Proceso Radicado 033-2020, se vinculó luego del Auto de Apertura 404 del 28 de diciembre de 2020, a la Compañía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con el NIT 860.026.518-6 (Folios 106 a 110, y 113 a 115 expediente), con ocasión de la expedición de la Póliza 47370 de Responsabilidad Civil Directores y Administradores.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

- Resoluciones 126 del 17 de marzo de 2020, 135 del 24 de marzo de 2020, 138 del 9 de abril de 2020 y 143 del 27 de abril de 2020, de la Contraloría Distrital de Medellín, por medio de las cuales se decretó la suspensión de términos en las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal, a partir del 18 de marzo de 2020 y hasta tanto dure la Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia generada por el COVID-19. (Folios 7 a 18 expediente).
- Memorando 202000003646 del 8 de junio de 2020 por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Movilidad y Servicios de Transporte Público remite a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, traslado de hallazgo 7 detectado en la Evaluación del Componente Control Financiero de la Auditoría Regular adelantada al METRO DE MEDELLÍN LTDA, para la vigencia 2019; por el gasto no autorizado consistente en la adquisición de obsequios para ser entregados a los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, en el marco de la celebración del día del niño 2019. (Folio 19 y anexos Folios 20 a 30 - incluye CD).



Junto al memorando de traslado del hallazgo, la CAAF Movilidad y Servicios de Transporte Público remitió los soportes de la presunta irregularidad (Folios 20 a 30 del expediente –incluye CD Folio 27–), de los cuales se destacan:

1. Formato denominado “*Traslado de hallazgos fiscales*” diligenciado, relativo al hallazgo 7 de la Evaluación componente control financiero de la Auditoría Regular realizada al METRO DE MEDELLÍN LTDA, para la vigencia 2019. (Folios 20 a 26 expediente y archivo “*FORMATO TRASLADO HALLAZGO 7-0000101726*” subcarpeta “*Carpeta “HALLAZGO 7 MOVILIDAD-METRO”2-CD anexos Folio 27*”).
2. Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 “*Por la cual se compilan y adoptan medidas de austeridad en la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda*”, suscrita por el Gerente General TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR. (archivo “*20160926-RESOLUCIÓN 8895 AUSTERIDAD METRO*” subcarpeta “*4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7*” CD anexos – Folio 27 expediente).

Se resaltan los siguientes apartes de la parte motiva de dicha Resolución:

RESOLUCIÓN No. 8 8 9 5 DE 2016
(2 6 SEP 2016)

Por la cual se compilan y adoptan medidas de austeridad en la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.

El Gerente General de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda, en uso de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO

Que el Metro de Medellín Ltda., según la Ley 489 de 1998, es un organismo del orden municipal, descentralizado para la prestación de servicios, que desarrolla actividades de naturaleza industrial y comercial, que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y con capital independiente.

...

Que el Metro de Medellín Ltda. tiene como objeto social principal la prestación del servicio público de transporte de pasajeros por diferentes medios y, accesoriamente, la realización de actividades mercantiles conexas a dicho objeto. Ello implica concurrir al mercado con otras entidades del mismo renglón de la economía, en condiciones de sana y natural competencia.

Que la anterior situación hace necesario que en aquellas actividades en las que la Empresa compita en el mercado, realice actuaciones típicas o propias que realizaría cualquier otra persona jurídica que estuviere en ese renglón de la economía, con la intención de ser competitiva y posicionar sus prestaciones mercantiles y demás activos tangibles e intangibles.

Y la parte resolutive, así:



RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Objeto. Compilar y adoptar medidas de austeridad en el gasto, contenidas en el siguiente clausulado, las cuales serán de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos y contratistas del Metro de Medellín Ltda.

ARTÍCULO SEGUNDO. Adquisición de bienes y/o servicios: La adquisición de bienes y/o servicios estará orientada por el Plan Anual de Adquisiciones de la Empresa. Esto con la intención de planificar los procesos de contratación y hacer seguimiento efectivo a los mismos, logrando, en la medida de las posibilidades, economías de escala, eficiencia administrativa en los procesos y obtención de una mejor relación costo-beneficio en la adquisición de los bienes y servicios.

...

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO. Interpretación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución, se interpretarán armónicamente con las demás disposiciones que la Empresa haya adoptado con similar finalidad, y con las demás normas que le serán afines.

3. Resolución 169 del 2 de febrero de 2018 "Por la cual se deroga la resolución 7713 de 2015 y reglamenta el Programa de Bienestar de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada-Metro de Medellín Ltda", suscrita por el Gerente General TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR. (Folio 199 expediente y archivo "20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – Folio 27 expediente).

Sobresale de la parte motiva, lo que a continuación se presenta:

RESOLUCION No. 0169 DE 2018

(02 FEB 2018)

Por la cual se deroga la resolución 7713 de 2015 y reglamenta el Programa de Bienestar de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín Ltda.

El Gerente General de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín Ltda., en ejercicio de sus facultades, constitucionales, legales y estatutarias y

CONSIDERANDO:

Que los programas de bienestar social que adelantan las entidades públicas están encaminados a procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los Servidores y sus familias y a propiciar condiciones en el ambiente de trabajo que favorezcan la calidad de vida laboral, la productividad y las relaciones sociales de los individuos.

Que la Ley 489 de 1998 y el Decreto 1567 de 1998, consagran y reglamentan los programas de bienestar y estímulos a los servidores.

Que la Ley 734 de 2002, por la cual se expidió el Código Disciplinario Único, estableció en el artículo 33 como un derecho de los servidores públicos, disfrutar de estímulos e incentivos conforme a las disposiciones legales vigentes.

...



Que la Empresa cuenta a la fecha con un programa de bienestar y calidad de vida, que enmarca actividades deportivas, recreativas, formativas y culturales, para el servidor y su grupo familiar; y beneficios, estímulos e incentivos, dentro del cual se encuentra el apoyo económico para formaciones.

Que la Empresa considera que el programa de bienestar y el desarrollo de temáticas asociadas al salario emocional, derivadas de éste, aportan al desarrollo de sus Servidores e inciden positivamente en ellos, en el clima organizacional, la motivación, la calidad de vida y balance entre la vida y el trabajo.

Mientras que de la parte resolutive, esto:

ARTÍCULO SEGUNDO.- Oficializar el programa de bienestar y calidad de vida implementado en la Empresa y el cual tiene como beneficiarios los servidores de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. - Metro de Medellín Ltda. y sus familias, enmarcado en actividades deportivas, recreativas, formativas y culturales para el Servidor y su grupo familiar; beneficios, estímulos e incentivos en pro del desarrollo de sus Servidores, y que incidan positivamente en ellos y en el clima organizacional y el desarrollo de las temáticas asociadas al salario emocional que aporten a la motivación, calidad de vida y balance entre la vida y el trabajo.

Dicho programa estará enmarcado en las siguientes áreas de intervención:

- Fortalecimiento de capacidades y destrezas
- Estilos de trabajo saludables
- Familias saludables
- Reconocimiento y salario emocional

ARTÍCULO TERCERO.- Delegar en el área de Gestión del Talento Humano el desarrollo y la administración del programa de bienestar y calidad de vida, así como los estímulos e incentivos.

4. Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA. (archivo "20190510-DR1217_Programa_Bienestar_y_Calidad_de_Vida" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – Folio 27 expediente).

Siendo importante mostrar lo siguiente:

Como **Antecedentes** del Programa se describen:

1. ANTECEDENTES

Las entidades del Estado deben formular y ejecutar los programas de bienestar social dirigidos a sus servidores públicos con el fin de mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del funcionario, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su grupo familiar; igualmente estos programas deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia y eficiencia del servidor público con el servicio.

Basados en esta premisa, desde el año 1991 previo al inicio de la operación comercial, la Empresa inició la construcción y puesta en marcha de un programa de bienestar para sus Servidores. Dicho programa ha ido modificándose teniendo en cuenta las condiciones diversas que a lo largo de los años han ido surgiendo en la organización. En el año 2018 se oficializa el Programa de Bienestar y Calidad de Vida mediante la Resolución N° 0169 del 2 de febrero de 2018.

- En el **Marco legal**, se citan:

“A continuación, se relacionan las normas vigentes aplicables para la implementación del programa de Bienestar y Calidad de Vida en la Organización:

- Ley 489-artículo 26:* Estímulos a los servidores públicos
- Ley 734 de 2002- artículo 33 numeral 5:* derecho de los servidores públicos de disfrutar de estímulos e incentivos conforme a las disposiciones legales o convencionales.
- Decreto 1567 de 1998:* Crea sistema de estímulos, programas de bienestar y los programas de incentivos. “La empresa acoge esta política y crea su Programa de Bienestar”.
- Decreto 1572* Reglamenta el Decreto 1567 de 1998. “Aplica la misma observación del anterior”.
- Decreto 1227 de 2005* (compilado en el Decreto 1083 de 2015: Reglamenta la Ley 909 de 2004. Si bien por la naturaleza de la Empresa no es aplicable la Ley 909 ni el Decreto Reglamentario 1227 de 2005, se toman como buenas prácticas en lo referente a planes de estímulos e incentivos.”

- Con relación a los Objetivos de programa, se destaca el **objetivo general**:

4.1 OBJETIVO GENERAL

Oficializar el Programa de Bienestar y Calidad de Vida para los empleados de la Empresa a través de la generación de acciones participativas que favorezcan el desarrollo integral del funcionario y el mejoramiento de su nivel de vida y el de su grupo familiar. Dicho programa estará enmarcado en las siguientes áreas de intervención y dará cuenta del objetivo de Calidad de Vida en la organización:

- Fortalecimiento de capacidades y destrezas
- Estilos de trabajo saludables
- Familias saludables
- Reconocimiento y salario emocional

Objetivo de Calidad de Vida: Propiciar un buen lugar para trabajar con acciones que promuevan desarrollo, motivación y satisfacción en la Gente Metro.

Encontrando, dentro de las anteriores **áreas de intervención**, la denominada “*Familias saludables*”:

- **Familias saludables:** Programas creados para el Servidor y su grupo familiar primario en los cuales tiene la posibilidad de aprender, integrarse y recibir beneficios.

Más adelante, desarrolla el contenido del programa, donde el área de intervención “*Familias saludables*” incluye dentro de sus temáticas, entre otros la “*fiesta de los niños*”, en el literal (F):

- Licencia de matrimonio*
- Licencia de paternidad*
- Licencia por hospitalización*



d. Seguro de vida patronal

e. Programa Familia-Empresa

f. Fiesta de los niños: evento de reconocimiento a los hijos de los Servidores entre los cero (0) y los doce (12) años de edad. Se realiza anualmente y pretende unir las familias en torno a la Empresa, generando espacios de diversión y sano esparcimiento. Para esta actividad los niños son acompañados por dos adultos integrantes de su grupo familiar –Subraya y negrilla fuera de texto–

...

Finalmente, en el numeral 9 asigna **presupuesto anual** a ese plan de Bienestar:

9. PRESUPUESTO

Con el fin de dar cumplimiento al Programa de Bienestar y Calidad de Vida implementado por la Empresa, anualmente se cuenta con presupuesto aprobado por la Junta Directiva a través del cual se logran efectuar las acciones y programas establecidos mediante cronograma anual.

5. Documento estudios previos denominado AOC N°002617A con fecha de creación 5 de agosto de 2019, donde se desarrolló lo referente a la adquisición de los obsequios para los hijos de los servidores de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA, en el marco de la celebración del Día de los niños 2019. Como objeto de la contratación, se indicó: *“compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad”*. Además, se plasma la justificación y descripción de la contratación, alcance, presupuesto, fundamento normativo, descripción del objeto a contratar y sus especificaciones esenciales, plazo contractual, tipo de contrato, forma de pago, análisis del proveedor ALMACENES MÁXIMO S.A.S, evaluadores jurídico y comercial y supervisión del contrato. (Folio 28 expediente y archivo “20190805-AOC” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos – Folio 27 expediente).
6. Oferta mercantil del 9 de agosto de 2019 con referencia *“Proceso de Contratación N°002617 cuyo objeto es –Compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad”* dirigida a la Representante Legal de ALMACENES MÁXIMO S.A.S, la señora Clemencia Barrera Santos, donde se reiteran el objeto, alcance, plazo, valor, forma de pago descritas en la AOC N°002617^a; Además se estipulan obligaciones de las partes (empresa y contratista), y las demás cláusulas contractuales. (archivo “20190809-OFFERTA MERCANTIL 2617C” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos – Folio 27 expediente)
7. Factura 17184 del 26 de septiembre de 2019, de ALMACENES MÁXIMO S.A.S por valor total de TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS M.L. (\$37.313.755) dirigida al cliente METRO DE MEDELLÍN LTDA. (Folio 29 expediente y archivo



"20190926-FACTURA 17184 ALMACENES M" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – Folio 27 expediente).

ALMACENES MÁXIMO S.A.S NIT: 600045854-7		 SÍMBOLOS GRANDES CONTRIBUYENTES ACTIVIDAD CIUU 4752 TARIFA ICA 11 04 X1000 DOCUMENTO OFICIAL AUTORIZACIÓN FACTURACIÓN 18762613924000 09-04-2019 17 1 A 900009																																																																																	
Representación Gráfica de la Factura de Venta Electrónica																																																																																			
CLIENTE: METRO DE MEDELLÍN LTDA. C.C.O. NIT: 850623058 DIRECCIÓN: CL 44-46 001 CIUDAD/PAÍS: BELLO, CO TELÉFONO: 4543888		FECHA DE FACTURA: DIA: 26 MES: 09 AÑO: 2019 VENCIMIENTO: DIA: 26 MES: 10 AÑO: 2019																																																																																	
		FACTURA DE VENTA: 17184 FORMA DE PAGO: CREDITO A 30 DIAS																																																																																	
<table border="1"> <thead> <tr> <th>CÓDIGO</th> <th>DESCRIPCION</th> <th>CANTIDAD</th> <th>VALOR UNITARIO</th> <th>VALOR TOTAL</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>105649</td><td>LETRAL Y NUMEROS</td><td>14</td><td>\$ 44.140</td><td>\$ 617.960,00</td></tr> <tr><td>105644</td><td>CONECTA CONT 5AS</td><td>70</td><td>\$ 44.140</td><td>\$ 3.089.780,00</td></tr> <tr><td>105656</td><td>VAGON BLOQUES NHD</td><td>14</td><td>\$ 26.230</td><td>\$ 367.220,00</td></tr> <tr><td>105650</td><td>VAGON BLOQUES NHD</td><td>14</td><td>\$ 26.230</td><td>\$ 367.220,00</td></tr> <tr><td>105652</td><td>ACOSTABLE PRINCIPAL</td><td>40</td><td>\$ 27.700</td><td>\$ 1.108.000,00</td></tr> <tr><td>105651</td><td>AUDITING SERVICE</td><td>34</td><td>\$ 101.200</td><td>\$ 3.440.800,00</td></tr> <tr><td>105653</td><td>AUDITING SERVICE</td><td>34</td><td>\$ 101.200</td><td>\$ 3.440.800,00</td></tr> <tr><td>105658</td><td>MI PRIMER GIGANTABLE</td><td>28</td><td>\$ 20.700</td><td>\$ 579.600,00</td></tr> <tr><td>425923</td><td>GRAMFOS ESPERALES</td><td>30</td><td>\$ 30.900</td><td>\$ 927.000,00</td></tr> <tr><td>043529</td><td>MONITOR MODULAR</td><td>119</td><td>\$ 43.100</td><td>\$ 5.128.900,00</td></tr> <tr><td>744501</td><td>LAMPARAS DE VENTILADOR</td><td>35</td><td>\$ 50.282</td><td>\$ 1.759.870,00</td></tr> <tr><td>701467</td><td>RELOJ BLUETOOTH</td><td>48</td><td>\$ 42.886</td><td>\$ 2.058.528,00</td></tr> <tr><td>105643</td><td>PARLANTE FM BT</td><td>131</td><td>\$ 32.700</td><td>\$ 4.283.700,00</td></tr> <tr><td>740345</td><td>CARNA PUESTO TEND</td><td>24</td><td>\$ 45.900</td><td>\$ 1.099.200,00</td></tr> <tr><td>704442</td><td>CARNA GATITO</td><td>63</td><td>\$ 58.500</td><td>\$ 3.691.500,00</td></tr> </tbody> </table>				CÓDIGO	DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	105649	LETRAL Y NUMEROS	14	\$ 44.140	\$ 617.960,00	105644	CONECTA CONT 5AS	70	\$ 44.140	\$ 3.089.780,00	105656	VAGON BLOQUES NHD	14	\$ 26.230	\$ 367.220,00	105650	VAGON BLOQUES NHD	14	\$ 26.230	\$ 367.220,00	105652	ACOSTABLE PRINCIPAL	40	\$ 27.700	\$ 1.108.000,00	105651	AUDITING SERVICE	34	\$ 101.200	\$ 3.440.800,00	105653	AUDITING SERVICE	34	\$ 101.200	\$ 3.440.800,00	105658	MI PRIMER GIGANTABLE	28	\$ 20.700	\$ 579.600,00	425923	GRAMFOS ESPERALES	30	\$ 30.900	\$ 927.000,00	043529	MONITOR MODULAR	119	\$ 43.100	\$ 5.128.900,00	744501	LAMPARAS DE VENTILADOR	35	\$ 50.282	\$ 1.759.870,00	701467	RELOJ BLUETOOTH	48	\$ 42.886	\$ 2.058.528,00	105643	PARLANTE FM BT	131	\$ 32.700	\$ 4.283.700,00	740345	CARNA PUESTO TEND	24	\$ 45.900	\$ 1.099.200,00	704442	CARNA GATITO	63	\$ 58.500	\$ 3.691.500,00
CÓDIGO	DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL																																																																															
105649	LETRAL Y NUMEROS	14	\$ 44.140	\$ 617.960,00																																																																															
105644	CONECTA CONT 5AS	70	\$ 44.140	\$ 3.089.780,00																																																																															
105656	VAGON BLOQUES NHD	14	\$ 26.230	\$ 367.220,00																																																																															
105650	VAGON BLOQUES NHD	14	\$ 26.230	\$ 367.220,00																																																																															
105652	ACOSTABLE PRINCIPAL	40	\$ 27.700	\$ 1.108.000,00																																																																															
105651	AUDITING SERVICE	34	\$ 101.200	\$ 3.440.800,00																																																																															
105653	AUDITING SERVICE	34	\$ 101.200	\$ 3.440.800,00																																																																															
105658	MI PRIMER GIGANTABLE	28	\$ 20.700	\$ 579.600,00																																																																															
425923	GRAMFOS ESPERALES	30	\$ 30.900	\$ 927.000,00																																																																															
043529	MONITOR MODULAR	119	\$ 43.100	\$ 5.128.900,00																																																																															
744501	LAMPARAS DE VENTILADOR	35	\$ 50.282	\$ 1.759.870,00																																																																															
701467	RELOJ BLUETOOTH	48	\$ 42.886	\$ 2.058.528,00																																																																															
105643	PARLANTE FM BT	131	\$ 32.700	\$ 4.283.700,00																																																																															
740345	CARNA PUESTO TEND	24	\$ 45.900	\$ 1.099.200,00																																																																															
704442	CARNA GATITO	63	\$ 58.500	\$ 3.691.500,00																																																																															
OBSERVACION: VTA MERCANCIA OC 4700040344 CONTACTO CAROLINA ALZATE VALOR EN LETRAS: TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$37.313.755), por concepto de los obsequios para los hijos de los servidores entre 0 y 1 años.																																																																																			
<table border="1"> <tr> <td>SUBTOTAL</td> <td>\$ 37.313.755,00</td> </tr> <tr> <td>DESCUENTO</td> <td>\$ 0,00</td> </tr> <tr> <td>IMPORTE TOTAL</td> <td>\$ 37.313.755,00</td> </tr> <tr> <td>RETENCION</td> <td>\$ 37.313.755,00</td> </tr> <tr> <td>TOTAL</td> <td>\$ 37.313.755,00</td> </tr> </table>				SUBTOTAL	\$ 37.313.755,00	DESCUENTO	\$ 0,00	IMPORTE TOTAL	\$ 37.313.755,00	RETENCION	\$ 37.313.755,00	TOTAL	\$ 37.313.755,00																																																																						
SUBTOTAL	\$ 37.313.755,00																																																																																		
DESCUENTO	\$ 0,00																																																																																		
IMPORTE TOTAL	\$ 37.313.755,00																																																																																		
RETENCION	\$ 37.313.755,00																																																																																		
TOTAL	\$ 37.313.755,00																																																																																		

8. Comprobante de Egreso N° 2019-9100045398 del 24 octubre de 2019 del METRO DE MEDELLÍN LTDA, para el acreedor ALMACENES MÁXIMO S.A.S, por valor de TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$37.313.755), por concepto de los obsequios para los hijos de los servidores entre 0 y 1 años.



Acreedor: 1400002439
ALMACENES MAXIMO S.A.S.
NIT/CED: 8600459547
Tel: 51-4395452 3...
Fax: 51-4395452
Email: analista_impuestos@pepeganga.net
Ciudad: BOGOTÁ

METRO DE MEDELLÍN LTDA
NIT: 890.423.668-1
Tel: 4548395
Web: www.metrodemedellin.gov.co
REGISTRO: 2013-9100045396
Fecha: 24.10.2019
VALOR: 37,313,755.06

Pág.1

Datos del pago

Medio de pago: 1 Transferencias Proveedor
Datos Giro: 2307E BANCO DE OCCIDENTE Cte Corriente 405-05974-5
Cuenta Giradora: 425055745
Número de cheque:

Banco del Proveedor: BOGOTÁ
Cuenta para Abono: 020003745 Oficina
Tipo de Cuenta: 01 Corriente
Sistema: SWIFT
Código Swift: 005600010

Detalle del pago

Tipo de contrato: Número: Factura No. 17184
Perición financiera: 1.CXPORLES CteCteCte: Centro costes:
Texto:

Deducciones y retenciones

Código	Concepto	Base	Valor
CP C/ RET. COMPRAS	2.5% 2014	32020,974.00-	800,724.00-
Subtotal			800,724.00-
Descuento por pronto pago:			0.00
Total			800,724.00-

Imputación

Cuenta	Código	Db/Cr	Valor
Prov.Mal.opra kms aa	2401010100	5	37,313,755.06
Occ-405-05974-5/Eqr	1110051052	8	37,313,755.06

9. Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública, brindado a petición del equipo auditor de la CAFF Movilidad y Servicios de Transporte Público, con ocasión de los hallazgos con incidencia fiscal detectados en la Auditoría Regular vigencia 2019, solicitud Radicado 20206000118461 del 26 de marzo de 2020. Referencia: "BIENESTAR SOCIAL. Incentivos. Programas. Entrega de bonos, detalles, tarjetas redimibles, regalos del día de los niños para hijos de empleados. Radicación No. 20202060073512 de fecha 20 de Febrero de 2020". (archivo "20200326-CONCEPTO DAFP" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – Folio 27 expediente).

A manera de contexto, se presenta lo planteado en dicho documento, como sigue:

Lo Consultado: Si dentro del programa de bienestar social e incentivos de una empresa industrial y comercial del estado pueden incluirse actividades consistentes en la entrega bonos, detalles o tarjetas redimibles a los servidores por las labores realizadas durante el año y obsequios a los hijos de los servidores por el día de los niños.

Desarrolla el concepto en torno a los siguientes ejes temáticos:

- 1. Programas de bienestar social:** Artículos 20 y 38 Decreto Ley 1567 de 2019, y artículos 2.2.10.1 y 2.2.10.2. del Decreto 1083 de 2015.

2. Austeridad en el gasto: Artículos 2.8.4.1.2 y 2.8.4.6.3. del Decreto 1068 de 2015, y artículo 16 de la Ley 2008 de 2019.

Concluye, con fundamento en los artículos 38 del Decreto Ley 1567 de 1998 y 16 de la Ley 2008 de 2019 (que hablan acerca de las prohibiciones de los recursos destinados al programa de bienestar e incentivos de los empleados), lo siguiente:

*“2. ¿Se pueden dar regalos por el día del niño a los hijos de los servidores? En igual sentido, se advierte que **la ley no permite entregar bonos o regalos por el día del niño a los hijos de los servidores públicos, como parte del Programa de Bienestar Social e Incentivos en virtud de las normas de austeridad del gasto.** No obstante, conforme al tenor de las disposiciones citadas, en concepto de esta Dirección jurídica, las entidades podrán solicitar a los organismos de previsión social como las Cajas de Compensación Familiar, organización de actividades relacionadas, mediante la programación de recreación” –Subraya y negrilla fuera de texto-*

10. Concepto Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de la República Radicado 2020EE0037938 del 13 de abril de 2020, brindado a petición del equipo auditor de la CAFF Movilidad y Servicios de Transporte Público, con ocasión de los hallazgos con incidencia fiscal detectados en la Auditoría Regular vigencia 2019, a través del Oficio con Radicado 2020ER0017428, Tema: “Austeridad del gasto público-Empresas Industriales y Comerciales del Estado”.

De la lectura del documento, se sintetiza la consulta de la siguiente manera:

- ¿Cuál es la viabilidad para celebrar fiestas y reconocer regalos u obsequios, por parte de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de orden municipal, a los servidores y a los hijos de los mismos, con cargo al tesoro público, como agradecimiento por las labores realizadas durante el año como parte de los programas de bienestar y calidad de vida?
- ¿Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de orden municipal, pueden desatender las medidas y disposiciones establecidas en el Decreto 1737 de 1998, como fuente normativa nacional, so pretexto de la existencia o no de regulación local sobre la materia?

Resuelve la consulta con basamento en las normas de austeridad en el gasto público, específicamente, se centra en resolver si a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado les son aplicables las mismas. Para lo cual toma como fundamentos normativos:



- Artículo 2.8.4.6.3. del Decreto 1068 de 2015, concluyendo que la entrega de obsequios en el día del niño, no hace parte de las excepciones consagradas en dicho precepto. Por tanto, se encuentra prohibida.
- Artículo 7 Decreto 126 de 1996.
- Artículos 1, 2 y 12 del Decreto 1737 de 1998 (se encuentra incorporado al Decreto 1068 de 2015).
- Artículo 2.8.4.1.1 del Decreto 1068 de 2015.
- Artículos 39, 85 de la Ley 489 de 1998.
- Concepto CGR-0J-056-2016 con Radicado No. 2016EE0047842 de fecha 19 de abril de 2016 –donde se había pronunciado previamente acerca de la aplicación de las normas de austeridad en el gasto público a las EICE.

Lo anterior, para concluir con sustento en el artículo 2.8.4.6.3 del Decreto 1068 de 2015:

“...celebrar fiestas y reconocer regalos u obsequios, por parte de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de orden municipal, a los servidores y los hijos de los mismos, con cargo al tesoro público, como agradecimiento por las labores realizadas durante el año como parte de los programas de bienestar y calidad de vida, no se encuentran dentro de las excepciones de la norma mencionada. Será entonces el operador jurídico, quien al interpretar las normas señaladas determine si se trató de alguno de los eventos exceptuados y si tal evento debía ser financiado o no con recursos del tesoro público”

11. Acta de Mesa de Trabajo N°6 del 11 de mayo de 2020, en la cual se realizó la visión y validación de la respuesta de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA, al Informe Preliminar Evaluación del Componente Control Financiero de la Auditoría Regular adelantada a esa entidad para la vigencia 2019.

La respuesta brindada por la Entidad METRO DE MEDELLÍN, a la observación 7 del Informe Preliminar de Auditoría, que corresponde al hallazgo 7, que es el objeto del Proceso Radicado 033-2020 reposa entre los Folios 33 a 37 archivo “202005011-Acta No 6 AR METRO APROBADA” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos – Folio 27 expediente).

- Resolución 392 del 14 octubre de 2020 “*Por la cual se reanudan términos dentro de las indagaciones preliminares fiscales, los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva, administrativos sancionatorios fiscales y disciplinarios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín*”, a partir del 14 de octubre de 2020. (Folios 31 a 36 expediente)
- Auto 404 del 28 de diciembre de 2020 mediante el cual se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal radicado 033-2020. (Folios 37 a 47 expediente).

- Auto 485 del 28 de septiembre de 2021, a través del cual se vincula a la compañía aseguradora CHUBB SEGUTOS COLOMBIA S.A identificada con NIT 860.026.518-6 en calidad de tercero civilmente responsable en el proceso radicado 033-2020.(Folios 106 a 110 expediente).
- Versión libre de TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR Radicado 202200001599 del 19 julio de 2022. Y anexos. (Folios 146 a 158- anexos 193 a 199 expediente). Se destaca la siguiente prueba documental:
 - Gaceta Oficial N°2750 que contiene la publicación del Decreto 1198 de 2006 – del 17 de mayo de 2006- *“Por medio del cual, se disponen medidas de austeridad en el gasto público en el Municipio de Medellín”* (Folios 196 a 198 expediente).
 - Resolución N°169 de 2018 – del 2 de febrero de 2018- *“Por la cual se deroga la Resolución 7713 de 2015 y reglamenta el Programa de Bienestar de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada-Metro de Medellín Ltda”*. (Folio 199 expediente).
- Versión libre de ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE Radicado 202200001600 del 19 julio de 2022. (Folios 159 a 161 expediente).
- Versión libre de ANDRÉS MIRA URIBE Radicado 202200001601 del 19 julio de 2022. (Folios 162 a 171 expediente).
- Versión libre de PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ Radicado 202200001602 del 19 julio de 2022. (Folios 172 a 186 expediente).
- Auto 048 del 30 de enero de 2023, a través del cual se archiva el Proceso Responsabilidad Fiscal Radicado 033-2020. (Folios 200 a 208 expediente).
- Notificación por estado del 7 de febrero de 2023, del Auto 048 del 7 de febrero de 2022, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal 033-2020. (Folios 209 a 213 expediente).
- Memorando 202300001461 del 13 febrero de 2023 mediante el cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, remite el Expediente del Proceso Radicado 033-2020 al Despacho del Contralor Distrital de Medellín para surtir grado de consulta. (Folio 212 expediente).
- Constancia secretarial del Despacho Contralor Distrital de Medellín del 13 febrero de 2022, en la cual se recibió el Expediente del Proceso Radicado 033-2020 para trámite del grado de consulta. (Folio 221 expediente).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión objeto de revisión, se trata del **Auto 048 del 30 de enero de 2023** (Folios 200 a 208 expediente), por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del Proceso Radicado 033-2020, y en consecuencia la desvinculación del tercero civilmente responsable compañía CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., identificada con el Nit 860.26.518-6; así como la remisión del expediente a esta instancia jerárquica con el fin de que se surta el Grado de Consulta; fundamentando la decisión en lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, pues señala que respecto a los hechos objeto de investigación, hay ausencia del daño al patrimonio de la entidad afectada. Por tal motivo, se abstuvo de analizar los restantes dos elementos: conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al presunto responsable y el nexo causal entre tal conducta y el daño patrimonial.

Para llegar a tal conclusión el Operador Jurídico de la Primera Instancia delimitó el aspecto fáctico del hallazgo objeto de la investigación, lo cual hizo transcribiendo la descripción de los hechos contenida en el formato denominado "*Traslado de hallazgos fiscales*"¹⁰, -aunque como ya se anotó anteriormente en el Informe Definitivo de Auditoría¹¹ se realizó una descripción amplia de los hechos con incidencia fiscal; continuó efectuando un recuento de lo ordenado en el Auto de Apertura 404 del 28 diciembre de 2020¹², de lo cual se resalta: -Vincular como presuntos responsables a: TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR, en calidad de Gerente General; ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE, en calidad de Gerente de Abastecimiento y Logística; PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ, en calidad de Jefe Área Gestión Talento Humano; y ANDRÉS MIRA URIBE en calidad de Gerente Administrativo; -Precisó la suma del daño patrimonial ocasionado, en el sentido de indicar que si bien en el auto de apertura se señaló que ascendía a TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO CATORCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M.L (\$38.114.479), lo efectivamente cancelado por la Entidad fueron TREINTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$37.313.755), de conformidad con el Comprobante de Egreso del 24 de octubre de 2019¹³; también incorporó y le otorgó valor probatorio a los anexos remitidos por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Movilidad y Servicios de Transporte Público en

¹⁰ Folio 21 expediente y archivo "FORMATO TRASLADO HALLAZGO 7-0000101726" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos Folio 27.

¹¹ Folios 83 a 85 archivo "20200512- INFORME DEF FYF METRO 2019" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7 CD anexos Folio 27 expediente

¹² Folios 44 vto a 46 expediente.

¹³ Comprobante de Egreso 2019-9100045398 del 24 octubre de 2019 (Folio 30 expediente y archivo "20191024-EGRESO 9100045398" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos Folio 27 expediente)

el Memorando 202000003646 del 8 de junio de 2020¹⁴; resaltando el documento denominado "AOC 002617" del 5 de agosto de 2019, atinente a los estudios previos de la contratación para adquisición de obsequios para hijos de servidores entre los 0 y 12 años¹⁵, la Factura de Venta N° 17184 del 26 septiembre de 2019 de ALMACENES MÁXIMO S.A.S, por concepto de obsequios para niños entre 0 y 12 años por valor de \$37.313.755¹⁶, así como el Comprobante de Egreso N° 2019-9100045398 del 24 octubre de 2019, expedido por el Metro de Medellín LTDA a favor de ALMACENES MÁXIMO S.A.S. por valor de \$37.313.755¹⁷.

Luego del recuento de lo ordenado en el Auto de apertura, prosiguió presentando los fundamentos de derecho de la decisión de archivo del proceso de responsabilidad fiscal radicado 033-2020, que resumió en que el hecho investigado no es constitutivo de daño patrimonial, lo cual estructuró sobre dos líneas: 1. Daño patrimonial¹⁸ y 2. Cumplimiento de los actos propios que en la actualidad gozan de legalidad¹⁹, las cuales presentó de la siguiente manera:

1. **Daño patrimonial:** Indica que el daño es el elemento estructural de la Responsabilidad fiscal, para lo cual recalcó la finalidad resarcitoria de este proceso, plasmada en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, sosteniendo que de encontrarse que no existió un daño patrimonial, no se podría continuar tramitando el proceso de responsabilidad, toda vez carecería de objeto. O sea, que sin la concurrencia del elemento daño patrimonial, no es posible que surja la responsabilidad fiscal; Luego trajo a colación el concepto del daño patrimonial, consagrado en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000; para continuar haciendo anotaciones con relación a la necesidad de certeza, como característica de la lesión al patrimonio²⁰, así como la incidencia de ésta, en la estimación del daño al erario²¹; luego agregó las características que debe reunir el daño: ser cierto, especial, anormal y cuantificable²². Lo anterior, para señalar que la certeza del

¹⁴ Folios 20 a 30 expediente- incluye CD (carpetas "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" "4.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No 7")

¹⁵ Folio 28 expediente y archivo "20190805-AOC" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos Folio 27

¹⁶ Folio 29 expediente y archivo "20190926-FACTURA 17184 ALMACENES M" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos Folio 27

¹⁷ Folio 30 expediente y archivo "20191024-EGRESO 9100045398" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos Folio 27

¹⁸ Folios 203 a 204 vto. expediente

¹⁹ Folios 204 vto. a 206 expediente

²⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

²¹ Corte Constitucional Sentencia C-340 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 9 de mayo de 2007.

²² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 22 de febrero de 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. No. 08001-23-31-000-2010-00612-01.



daño en materia fiscal es una característica esencial del mismo, y que en caso de no estar presente, trae como consecuencia la exclusión de la responsabilidad fiscal²³. Finalmente, concluyó en este acápite para el caso concreto: *“en el caso analizado no aflora o por lo menos, fue desvirtuada la existencia, determinabilidad y cuantificabilidad del elemento daño patrimonial al Estado como el elemento de capital importancia al momento de establecer la responsabilidad fiscal”*²⁴

2. Cumplimiento de los actos propios que en la actualidad gozan de legalidad:

En este punto, inicia considerando que las celebraciones de días especiales en el METRO DE MEDELLÍN LTDA, son un incentivo a las labores que desempeñan los funcionarios, entendiéndolos como salario emocional. Añadiendo, que son aquellos beneficios tangibles e intangibles que a pesar de no hacer parte de la remuneración monetaria percibida, sirven de incentivo a las emociones del trabajador, y buscan promover sentido de pertenencia hacia la entidad, además del mejoramiento del ambiente laboral, lo cual redundará en beneficio de esa persona jurídica. Agrega también que con ocasión de la pandemia generada por el virus COVID-19 se implementaron modelos de trabajo diferentes, que no se contraponen a los postulados del salario emocional.

Lo anterior, para significar que los presuntos responsables fiscales, en sus versiones libres sostuvieron que la actividad de Día del Niño en el METRO DE MEDELLÍN LTDA, se había desarrollado por más de veinte (20) años en el marco del programa de Bienestar y Calidad de Vida de la Entidad, el cual se encontraba reglamentado para el año 2019- vigencia en que se configuró el hallazgo-, por la Resolución 169 de 2018²⁵, respecto a la cual aseveró: *“acto administrativo que a la fecha no ha sido demandado, ni declarado nulo, por lo que se presume un acto que goza de legalidad”*. No obstante, no desarrolló dicha afirmación.

²³ Ver Sentencia C-340/07 / Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, donde la Contraloría General de la República indica que un factor definitorio en el proceso administrativo de responsabilidad fiscal es la determinación de un daño, pues de éste depende que se pueda hablar de la existencia de un perjuicio patrimonial causado al Estado, y que se pueda hacer efectivo el cobro de una suma de dinero a cargo del responsable. Es decir que, como lo afirma el interviniente, *“(…) no hay responsabilidad fiscal sin daño”*, en tanto que se trata de debatir un aspecto patrimonial destinado a reparar un detrimento causado al erario público. Sin embargo, agrega, lo anterior no obsta que por la misma conducta sea adelantada una investigación de carácter disciplinario y/o penal.

²⁴ Folio 204 vto. expediente

²⁵ Folio 199 expediente y archivo *“20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR”* subcarpeta *“20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR”* carpeta *“4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7”* CD anexos Folio 27.

Luego de presentar la parte resolutive de esa Resolución, continuó trayendo a colación el documento a través del cual se desarrolló el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217²⁶, resaltando el aparte 8.3 alusivo al área de intervención denominado “*Familias saludables*”, donde en el literal F se encuadra la actividad “*Fiesta de los niños*”, que se describió, como sigue:

- f. **Fiesta de los niños:** evento de reconocimiento a los hijos de los Servidores entre los cero (0) y los doce (12) años de edad. Se realiza anualmente y pretende unir a las familias en torno a la Empresa, generando espacios de diversión y sano esparcimiento. Para esta actividad los niños son acompañados por dos adultos integrantes de su grupo familiar.

Seguidamente, enfatizó que en el numeral 9 del precitado documento, se estipuló que con el fin de dar cumplimiento al programa, anualmente se asigna un presupuesto aprobado por la Junta Directiva, destinado a la realización de las acciones y programas contemplados en ese programa de Bienestar y Calidad de Vida.

9. PRESUPUESTO

Con el fin de dar cumplimiento al Programa de Bienestar y Calidad de Vida implementado por la Empresa, anualmente se cuenta con presupuesto aprobado por la Junta Directiva a través del cual se logran efectuar las acciones y programas establecidos mediante cronograma anual.

Por otro lado, consideró pertinente la Primera Instancia, en atención a la naturaleza jurídica de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA, indagar respecto al proceso contractual adelantado para la adquisición de los obsequios entregados en la celebración del Día del Niño, específicamente al cumplimiento del Manual de Contratación de esa Entidad. Ello con el fin de determinar, si se adelantó el procedimiento establecido en esa normativa interna.

Para tal análisis, tomó como fundamento la Resolución de Junta Directiva N°151 de 2017 “*por la cual se adopta el manual de contratación de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín LTDA*”²⁷, y el documento precontractual de esa adquisición de obsequios, denominado AOC 002617A²⁸, con fecha de creación del 5 de agosto de 2019. Frente a los cuales efectuó el siguiente análisis:

²⁶ Archivo “20190510-DR1217_Programa_Bienestar_y_Calidad_de_Vida” subcarpeta “20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR” carpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos Folio 27

²⁷ <https://www.metrodemedellin.gov.co/al-dia/noticias/manual-de-contratacion>

²⁸ Folio 29 expediente y archivo “20190805-AOC” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos Folio 27 expediente.

Verificó que reposan en el plenario los estudios previos identificados como **AOC 002617A²⁹ del 5 de agosto de 2019**, donde se plasmaron, entre otros aspectos: objeto de la contratación: *“Adquisición de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad”*; justificación y descripción de la necesidad; presupuesto por \$38.114.479 (valor incluido IVA); fundamento normativo de la modalidad: Artículo 17 Resolución de Junta Directiva N°151 de 2017; descripción del objeto; así como las especificaciones esenciales; plazo del contrato; tipo de contrato; formas de pago y análisis de la oferta de ALMACENES MÁXIMO S.A.S.:



AOC N° 002617A
Estado: APROBADA
Responsable: ALZATE CAÑOLA CAROLINA

1. Información general

Número estudio de mercado:

Objeto

Compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad

Nombre del solicitante / Comprador

Alzate Cañola Carolina

Centro de costos

Fecha creación

2019-08-05 19:30:36

Urgencia manifiesta

NO

2. Justificación y Descripción

Antecedentes

La celebración del día de los niños Metro, ha sido un evento tradicional, donde la Empresa, a través del Área de Gestión del Talento Humano de la Gerencia Administrativa, lidera el evento para los niños de los servidores Metro entre los 0 y los 12 años, como parte de los beneficios del programa de bienestar, con el fin de mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su grupo familiar y permitir elevar los niveles de satisfacción e identificación del empleado con la Empresa.

¿Para qué la contratación?

La celebración del día de los niños Metro, ha sido un evento tradicional, donde la Empresa, a través del Área de Gestión del Talento Humano de la Gerencia Administrativa, lidera el evento para los niños de los servidores Metro entre los 0 y los 12 años, como parte de los beneficios del programa de bienestar, con el fin de mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su grupo familiar y permitir elevar los niveles de satisfacción e identificación del empleado con la Empresa.

Este evento tiene un gran valor emocional para los servidores Metro y sus familias y permite la inclusión del grupo familiar a la Empresa. Durante esta celebración es habitual hacer entrega de un obsequio especial a cada niño, el cual es elegido desde Bienestar y Calidad de Vida teniendo en cuenta criterios como la edad y género, la contribución a su desarrollo y además que sea recreativo o educativo.

...

Alcance (¿qué?)

Comprende la compraventa y entrega de cada juguete en cajas debidamente marcadas por rango de edad, género y cantidad por caja, a su vez en empaque individual diferenciando el obsequio de los niños y de las niñas y la edad, atendiendo las referencias elegidas por el Metro como resultado del estudio de mercado y especificaciones técnicas.

Alternativas de ejecución

Se requiere efectuar la contratación de los obsequios para los niños de los servidores entre los 0 y los 12 años, como parte de los beneficios del programa de bienestar y debido a que La Empresa no cuenta con este tipo de elementos, es necesario adquirirlos a través de terceros para suplir esta necesidad.

3. Presupuesto

Moneda	Valor sin IVA	IVA	Valor con IVA
COP	32.028.974.00	6.085.505.00	38.114.479.00

...

²⁹ Folio 29 expediente y archivo “20190805-AOC” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos Folio 27 expediente.



5. Análisis de invitados

Proveedor	Nit	Representante legal	Correo	Razones técnicas
ALMACENES MAXIMO SAS	860045854	Hector Julio Riaño Riaño	maximo@pepeganga.net	Ver estudio de mercado

También, que el artículo 17 del Manual de Contratación de la Entidad –adoptado mediante la Resolución de Junta Directiva N°15 del 29 de marzo de 2017-³⁰, consagró la modalidad de contratación denominada “*Solicitud de única oferta*”, procedimiento simplificado para aquellos contratos cuyo presupuesto oficial sea de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes³¹, como era el caso de la adquisición de obsequios para hijos de empleados entre los 0 y 12 años, en el marco de la Fiesta del Día del Niño, que contemplaba como presupuesto oficial -incluido IVA- la suma de Treinta y ocho millones ciento catorce mil cuatrocientos setenta y nueve pesos M.L. (\$38.114.479).

Con lo cual consideró la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, que se desvirtuaba el elemento daño patrimonial en el caso de la adquisición de obsequios para los hijos de los servidores del METRO DE MEDELLÍN LTDA entre los 0 y 12 años de edad, entregados en el marco de la celebración de la Fiesta de los niños, realizada en el año 2019.

Esto, toda vez que el Programa de Bienestar y Calidad de Vida del Metro de Medellín LTDA, fue reglamentado mediante la Resolución 169 del 2 de febrero de 2018, -la cual nunca fue demandada ni declarada nula, y por tanto goza de presunción de legalidad-; Y que la celebración del día del Niño llevada a cabo a través de la “*Fiesta de los niños*”, es un evento que se encontraba consagrado en el literal F del numeral 8.3 “Familias saludables”, de ese Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR 1217 implementado en esa EICE; aunado al hecho que ese programa tenía contemplada la asignación de un presupuesto anual para ser realizadas las actividades allí establecidas; y que adicionalmente, se verificó que se adelantó el trámite contractual consagrado en la Entidad para la modalidad de Solicitud Única de Oferta, que era la aplicable para la adquisición de los obsequios objeto de reproche, como lo ordenaba el artículo 17 de su Manual de Contratación.

En consecuencia, la Primera Instancia desestimó la existencia del elemento daño patrimonial en el Proceso Radicado 033-2020, en los siguientes términos: “*la decisión adoptada por los presuntos responsables no lesiona los recursos estatales y que la misma se ajusta a los preceptos jurídicos que gobierna la finalidad de la institución*”³².

³⁰ Tomado www.metrodemedellin.gov.co/al-dia/notivias/manual-decontratacion

³¹ Salario mínimo legal mensual vigente para 2019= \$826.116. cuantía modalidad “*Solicitud de única oferta*” hasta 150 SMLMV = \$123.917.400

³² Folio 206 expediente.

Considerando además, en punto del elemento subjetivo de la conducta desplegada por los presuntos fiscales que: *“vemos que los servidores de la entidad actuaron conforme a las prerrogativas internas; pues a pesar de lo resaltado anteriormente, en punto del presupuesto que se aprueba anualmente para el área de bienestar y calidad de vida del Metro de Medellín, está el soporte respecto de las adquisiciones para los hijos de los empleados del Metro de Medellín.”*

Bajo las anteriores consideraciones, se itera, señala la Primera Instancia que de las pruebas que reposan en el plenario, se encuentra acreditada la ausencia del elemento daño patrimonial en el Proceso 033-2020, por valor de TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$37.313.755), y en consecuencia ordenó el archivo con sustento en lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. LA COMPETENCIA

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

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

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

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo



sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”³³

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:

³³ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.



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

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión de archivo de proceso de responsabilidad fiscal proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, a fin de establecer si se encuentran acreditados o no, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que le sirvieron de sustento, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión escrutada.

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, acorde con lo dispuesto en 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 Constitucional³⁴ y la Ley³⁵.

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

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

³⁴ Sentencia SU 620 de 1996

³⁵ Ley 610 de 2000

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

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales; partiendo de las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente el auto de archivo ante **la ausencia del elemento daño patrimonial**; esta Dependencia establece como problema jurídico principal determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario, admiten con suficiencia concluir que se encuentra plenamente acreditada la falta del elemento daño, como causal de archivo vertida en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000³⁶. De la conclusión al problema planteado se desprenderá la decisión de confirmar el Auto de Archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la providencia de primera instancia, según corresponda. Lo cual dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación de la inexistencia del presupuesto en mención.

Para tal efecto, discurrirá respecto a los siguientes cuestionamientos:

¿Es posible derivar un daño patrimonial, originado en la adquisición de obsequios para los hijos de los servidores del METRO DE MEDELLÍN LTDA entre los 0 y 12 años de edad, cuyo sustento se encuentra en el Programa de Bienestar y Calidad de Vida, reglamentado por la Resolución 169 de 2018?

¿La adquisición de obsequios para los hijos de los servidores del METRO DE MEDELLÍN LTDA, entre los 0 y 12 años de edad, en el marco de la celebración del día de los niños 2019, debía cuestionarse a la luz de las normas de austeridad en el gasto público?

³⁶ Ley 610 de 2000. Artículo 47. Auto de Archivo. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.* NFT

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO - ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Para resolver el problema jurídico aquí planteado, si bien es clara la redacción del hallazgo con incidencia fiscal que originó el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 033-2020, que versa sobre la adquisición y entrega por parte del METRO DE MEDELLÍN LTDA. de obsequios a hijos de los funcionarios entre los 0 y 12 años, en el marco de la celebración del Día del Niño realizada en el año 2019, siendo un gasto no autorizado, por vulnerar las normas de austeridad en el gasto público. Al parecer de esta instancia, el análisis de la incidencia fiscal de esa compra, y si con ella se causó o no un detrimento al erario de la Entidad, debía efectuarse a la luz de los actos administrativos, amén de los cuales se desarrolló la adquisición de esos obsequios, y en el marco de la celebración del Día del Niño; esto es el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 del METRO DE MEDELLÍN LTDA., y la Resolución 169 de 2018³⁷ por medio de la cual éste fue reglamentado.

Lo anterior, toda vez que al margen de la discusión respecto a la autorización o no de ese concepto (obsequios) en virtud de las normas de austeridad en el gasto público, y si a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, en atención a su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado –EICE–, y el régimen jurídico de derecho privado en el cual se enmarcan sus actuaciones, le eran aplicables las mismas, que para esta instancia resulta claro que sí en atención a su calidad de entidad estatal descentralizada territorial que presta un servicio público y cuyos recursos tienen naturaleza pública; es necesario en aplicación del principio de especialidad técnica del control fiscal, del Literal J del artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020, efectuar una interpretación sistemática y armónica de los artículos 9 de la Ley 42 de 1993³⁸, artículos 104 y 137 del CPACA³⁹, artículo 125 de la Ley 1474 de 2011⁴⁰, y artículo 88 del CPACA⁴¹, para concluir que el control de legalidad en el caso sub examine debía enfocarse desde el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR 1217, y la Resolución a través de la cual se reglamentó, lo cual determinaría necesariamente, que se debe acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, so pena de desbordar las competencias de este Ente de Control; más que la aplicación o no de las normas de austeridad en el gasto público, como lo planteó el equipo auditor.

³⁷ Resolución 169 del 2 de febrero de 2018 “por la cual se deroga la Resolución 7713 de 2015 y reglamenta el Programa de Bienestar de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada-Metro de Medellín Ltda”. Folio 199 expediente y archivo “20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR” subcarpeta “20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR” carpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos Folio 27.

³⁸ Artículo 9 Ley 42 de 1993-Sistemas de control fiscal

³⁹ Artículo 104 Ley 1437 de 2011-Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

⁴⁰ Artículo 125 Ley 1474 de 2011-Control de legalidad

⁴¹ Artículo 88 CPACA- Presunción de legalidad del Acto Administrativo



Para explicar el anterior planteamiento, se presentan unas precisiones respecto a la I) naturaleza y II) régimen jurídico de la Entidad afectada EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ –METRO DE MEDELLÍN LTDA, con fundamento en sus Estatutos⁴², y Manual de Contratación; para luego retomar las, III) característica de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado:

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL METRO DE MEDELLÍN LTDA

La EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ-METRO DE MEDELLÍN LTDA, identificada con NIT 890.923.668-1, es una Sociedad de Responsabilidad Limitada entre entidades de derecho público (Gobernación de Antioquia y Distrito de Medellín)⁴³, perteneciente al orden municipal.

De acuerdo a los Estatutos de la Sociedad, ésta fue creada mediante Escritura Pública 1020 del 31 de mayo de 1979 de la Notaría Novena del Círculo Notarial de Medellín, como una persona jurídica constituida con capital 100% público (50% Distrito de Medellín- 50% Gobernación de Antioquia⁴⁴), que se encuentra sometida al Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado –EICE, bajo la figura de sociedad de responsabilidad limitada (Parágrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998).

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE METRO DE MEDELLÍN LTDA:

CONTRACTUAL:

En el capítulo segundo de los estatutos –cláusula tercera: se lee su objeto social, a manera de resumen:

“Objeto: La Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada tiene por objeto social:

⁴² Tomado de <https://www.metrodemedellin.gov.co/hubfs/quienes-somos/estatutos-metro-de-medellin-reformados-2023.pdf>

⁴³ Autorizados por la Ordenanza 42 del 30 de noviembre de 1977, y el Acuerdo 31 de 1977

⁴⁴ Clausula Cuarta Estatutos: “CUARTA. - Capital Social: La sociedad tendrá un capital social de CIENTO CINCUENTA MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y OCHO MIL PESOS M.L. (\$150.268.618.000), representadas en CIENTO CINCUENTA MILLONES DOSCIENTAS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTAS DIEZ Y OCHO (150.268.618) cuotas de interés social de MIL PESOS (\$1.000) cada una. Este capital ha sido pagado en su totalidad y pertenece a los socios así:
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUÍA, SETENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL PESOS M.L. (\$75.134’309.000) correspondientes a SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NUEVE (75’134.309) cuotas de interés social.
MUNICIPIO DE MEDELLIN, SETENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL PESOS M.L. (\$75.134’309.000) correspondientes a SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NUEVE (75’134.309) cuotas de interés social”



1. *La planeación, construcción, operación, recaudo y administración de servicios de transporte público de pasajeros. Para el efecto podrá: Planear, construir, operar, controlar y mantener uno o varios modos o sistemas de transporte.*
...
2. *La ejecución de operaciones urbanas y desarrollos inmobiliarios, orientados al desarrollo del sistema de transporte masivo, en los términos previstos en las Leyes 9 de 1989, 388 de 1997, 1682 de 2013 y 1742 de 2014, o aquellas que las modifiquen, aclaren o complementen y en los planes de ordenamiento territoriales, a través de cualquier modalidad de actuación urbanística...*
...
3. *La explotación comercial de todos los negocios asociados con el transporte público de pasajeros y espacios publicitarios...*
...
4. *La explotación comercial del sistema de Recaudo Centralizado y sus medios de pago..."*

Y para el cabal cumplimiento de ese objeto social, le otorga además de las facultades descritas en cada una de las anteriores actividades, las siguientes atribuciones consagradas en el parágrafo de esa cláusula tercera:

"PARÁGRAFO. - En desarrollo de su objeto social, la sociedad podrá:

a) Celebrar toda clase de contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

h) Ejecutar los demás actos y celebrar todos los contratos que tiendan directamente a la realización de los fines que persigue."

En ese sentido, la Junta Directiva de la Entidad, adoptó mediante Resolución N°151 del 29 de marzo de 2017 el **Manual de Contratación** del METRO DE MEDELLÍN LTDA, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007⁴⁵, las Leyes 105 de 1993⁴⁶, 336 de 1996⁴⁷ y 1682 de 2013⁴⁸, conforme a los cuales, la Entidad desarrolla su objeto social a través de actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, buscando garantizar la prestación del servicio esencial de transporte público, lo cual supone *"eficiencia en la gestión, efectividad consecuente con la agilidad de los procesos y la toma de decisiones y, por consiguiente, con la flexibilidad de su gestión empresarial"*, en una clara materialización de la autonomía administrativa que le es propia como EICE.

⁴⁵ Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011

⁴⁶ Ley 105 de 1993 *"Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones."*

⁴⁷ Ley 336 de 1996- Estatuto General de Transporte

⁴⁸ **LEY 1682 DE 2013** *"Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias"*



Acerca de las **normas aplicables**, el artículo 4 de esa directriz contractual, preceptúa:

ARTÍCULO CUARTO.- NORMAS APLICABLES. Los contratos que celebre la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada – Metro de Medellín Ltda., se sujetarán a las disposiciones del derecho privado en materia contractual; lo anterior en el marco de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

En tal virtud, el presente manual debe ser interpretado de manera integral y sistemática, en concordancia con las normas de derecho privado. En consecuencia, ningún trabajador o contratista del Metro podrá desarrollar procedimientos adicionales o diferentes a los previstos en este documento.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Los actos o contratos que se celebren con fundamento en normas especiales se regirán por estas; tales como los que puedan celebrarse en virtud de la Ley de Ciencia y Tecnología y demás normas que las subroguen, modifiquen, adicionen o reglamenten; los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1988 y el Decreto 777 de 1992 y demás normas que las subroguen, modifiquen, adicionen o reglamenten.

Y como principios generales de la Contratación de la entidad, señalan:

ARTÍCULO SEXTO- PRINCIPIOS GENERALES. La Empresa, en aplicación de lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y en las normas que los subroguen, modifiquen, adicionen o reglamenten, además de otros postulados que orientan la actividad contractual, adoptará y aplicará los principios que a título enunciativo se relacionan a continuación:

Autonomía de la voluntad, buena fe, libertad de competencia, libertad de empresa, productividad, rentabilidad, no enriquecimiento sin causa, celeridad, economía, eficiencia, eficacia, igualdad, imparcialidad, moralidad, planeación, publicidad, selección objetiva, transparencia.

PARÁGRAFO. Se tendrán en cuenta en los procesos contractuales los principios, valores y prácticas con los que se busca preservar la ética empresarial, garantizar la transparencia de su gestión, administrar sus asuntos, reconocer y respetar los derechos de los socios, clientes y partes interesadas, regulados en el Código de Buen Gobierno de la Empresa.



En tanto, que como modalidades de selección de oferentes y/o contratistas, consagró en el artículo 14, las de solicitud pública de ofertas, solicitud privada de ofertas y solicitud única de ofertas, que fue la aplicada en el caso de la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre 0 y 12 años en la celebración del Día del niño 2019, como ya se acreditó en acápite anterior.

ADMINISTRATIVO Y LABORAL

En la cláusula vigésima de los Estatuto de la entidad, se dispuso en este aspecto:

“- Las relaciones jurídicas de trabajo entre la Empresa y las personas naturales a su servicio, se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para esta clase de entidades públicas, en el artículo 5º, inciso tercero del Decreto 3135 de 1968 y artículo 292, inciso segundo del Decreto 1333 de 1986, las personas al servicio de



la Empresa ostentan la calidad de trabajadores oficiales, excepto las que ejerzan actividades de dirección, manejo o confianza, que las desempeñan los empleados públicos de libre nombramiento y remoción.”

Ahora bien, teniendo el anterior panorama del METRO DE MEDELLÍN, retomemos aspectos teóricos de las Empresas Industriales y Comerciales de Estado –EICE–

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO –EICE–

Como ya quedó sentado en precedencia, la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado –EICE– y resulta importante y pertinente realizar algunas precisiones conceptuales respecto a este tipo de Entidades, con miras a dilucidar la aplicación de los sistemas de control fiscal al momento de desarrollar el ejercicio auditor, por parte de esta Contraloría Distrital, pues es claro que debe darse estricta aplicación al principio de especialización técnica de que trata el Literal J. del Artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020⁴⁹, en el sentido, que no se aplican los mismos criterios para verificar el cumplimiento de los principios de la gestión fiscal que a éstas EICE desarrollan en ejercicio de su actividad industrial y comercial, teniendo en cuenta que la prestación del servicio público de transporte se enmarca en un esquema de libre competencia. Miremos:

Las EICE fueron definidas primigeniamente por el Decreto 1050 de 1968 como organismos creados por la Ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial de acuerdo a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la Ley, y que reúnen las siguientes características: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y iii) capital independiente

Posteriormente, la Ley 489 de 1998 en el artículo 85, dispuso sobre la definición y características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en el siguiente sentido:

⁴⁹ “**ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LA VIGILANCIA Y EL CONTROL FISCAL.** La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

...

j) **Especialización técnica:** En virtud de este principio, la vigilancia y el control fiscal exigen calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio propio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desarrollan.”



"[...] Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;*
- b) Autonomía administrativa y financiera;*
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución [...]"*

En consuno con los artículos 2⁵⁰, 68⁵¹ y 86 de la misma normativa 489 de 1998, respecto al régimen jurídico de las EICE- se estableció:

- En el artículo 2 *ibídem*, sobre el ámbito de aplicación de la citada Ley, establece que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, respecto de las características y régimen de las entidades descentralizadas, se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales.

⁵⁰ Artículo 2 ley 489 de 1998: *"[...] Artículo 2. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.*

Parágrafo. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política [...]" (Destacado fuera de texto).

⁵¹ Artículo 68 ley 489 de 1998. *"[...] Artículo 68. Entidades Descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la Ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.*

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las Leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva Ley.

Parágrafo 1° De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial [...]" (Destacado fuera de texto).



- Artículo 68 *ibídem*, dispone sobre las entidades descentralizadas del orden nacional y la aplicación del régimen jurídico establecido en la Ley 489 a las entidades territoriales.
- Artículo 86 *ibídem*, sobre la autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado, establece que esta "[...] se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la Ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos interno [...]".

En ese orden de ideas, acerca de las **características de las EICE**, el Consejo de Estado, en Sentencia del 24 de septiembre de 2020⁵², preceptuó:

"La Sala considera que dentro de las características de las empresas industriales y comerciales del Estado están, entre otras:

- *Ser organismos del sector descentralizado.*
- *Ser creadas por la ley o autorizadas por esta.*
- *Desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial.*
- *A las empresas industriales y comerciales del Estado del orden territorial, les aplica el régimen jurídico establecido en la Ley 489.*

- Ejercen la autonomía administrativa y financiera conforme a los actos que las rigen.

- En el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o a la norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos."—Subraya y negrilla fuera de texto—

Por otro lado, frente al **régimen jurídico aplicable a las EICE**, en Sentencia del 19 de marzo de 2021, la Sección tercera del Consejo de Estado⁵³, sostuvo:

"De manera que, por regla general, el régimen jurídico tanto de los actos como de los contratos de las EICE corresponde al contenido en las normas civiles y comerciales, con el propósito de que "sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos , es decir, por los particulares, de suerte que ninguna prerrogativa les permite a estas entidades superponerse a sus competidores, pues en el juego económico al que incursionan, el Estado es un partícipe más, independientemente de que a su gestión le sean aplicables los principios de la función administrativa y de responsabilidad fiscal, como adelante se indicará.

...

Luego, con la expedición de la Ley 489 de 1998 el legislador reiteró que las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. 24 de septiembre de 2020.

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00299-01

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,-Sección Tercera. 19 marzo de 2021. Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Radicación: 76001-23-31-000-2004-05155-01(51363)

excepciones que consagre la ley, e incluyó en tal régimen la actividad de gestión económica de esas empresas; de modo que las actividades que éstas desarrollan están sujetas a la ley (derecho civil y comercial), a la norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos, sin perjuicio de que, además de las actividades o actos allí previstos, están facultadas para “desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”

Y complementa:

“En tal sentido, la norma antes indicada –Ley 1150 de 2007-, en su artículo 14, dispone que las EICE no se encuentran sometidas en su actividad contractual al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando quiera que “desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales”

Descendiendo nuevamente al caso concreto, de todo lo esbozado, se colige que la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ, en ejercicio de las atribuciones de que goza con ocasión de la Ley 489 de 1998 y 1150 de 2007, así como de la autonomía administrativa y financiera que la caracteriza; ostenta la facultad para darse su propio reglamento, además de suscribir los contratos, -con sujeción a las disposiciones del derecho privado, y observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política⁵⁴-; que requiera para el cumplimiento de su objeto social, guiado entre otros por los principios de autonomía de la voluntad, libertad de competencia, libertad de productividad, celeridad, economía, planeación, selección objetiva, transparencia⁵⁵; con ocasión de la cual, adoptó mediante la Resolución N°151 del 29 de marzo de 2017 su Manual de Contratación, recalcando que dicho instrumento debe ser interpretado de manera sistemática con las disposiciones del derecho privado, y que limita de forma alguna su actividad contractual a las directrices allí fijadas⁵⁶. Ello en razón, a la característica de EICE, según la cual en el cumplimiento de sus actividades, se debe ceñir a la ley o a la norma que la creó o autorizó y a sus estatutos internos. En definitiva, el METRO DE MEDELLÍN LTDA., actuando conforme a su naturaleza y régimen jurídico aplicable, debía someterse a las normas de sus estatutos, y el manual de contratación que adoptó.

⁵⁴ Artículo 4 Resolución N°151 del 29 de marzo de 2017- Manual de Contratación del METRO DE MEDELLÍN LTDA.

⁵⁵ Artículo 6 Resolución N°151 del 29 de marzo de 2017- Manual de Contratación del METRO DE MEDELLÍN LTDA.

⁵⁶ Artículo 4 Resolución N°151 del 29 de marzo de 2017 - Manual de Contratación del METRO DE MEDELLÍN LTDA.

Es así, como con fundamento en sus atribuciones legales, dada su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial el Estado, entidad descentralizada por servicios, buscando dar cumplimiento a su objeto social, y la prestación efectiva del servicio público de transporte en el marco de una libre competencia, que el METRO DE MEDELLÍN LTDA, profirió la Resolución 169 del 2 de febrero de 2018, *“Por la cual se deroga la Resolución 7713 de 2015 y reglamenta el Programa de Bienestar de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada-Metro de Medellín Ltda”*⁵⁷, a través de la cual se oficializó el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR 1217, para la entidad.

Programa respecto al cual manifestó, en la parte motiva de ese acto administrativo que comprende actividades deportivas, recreativas, formativas y culturales para el servidor y sus familias, además de estímulos e incentivos; considerando de paso, que sus temáticas, aportan al desarrollo de sus servidores e indican positivamente en ellos, en el clima organizacional, en la fidelización laboral, la motivación, calidad de vida, y balance entre la vida y el trabajo de su talento humano.

El desarrollo del programa y su administración, fue delegado en el área de Gestión del Talento Humano, a quien le correspondía implementar todas las acciones y gestiones tendientes al desarrollo de las actividades consagradas para cada temática, que implicaban en consecuencia la celebración de contratos, como en el caso de la adquisición de obsequios para los hijos de los funcionarios entre los 0 y 12 años de edad, que hicieron parte de la celebración del día de los Niños en el 2019. Contratación, que según verificó la Primera Instancia, y corroboró este Despacho, cumplió con la normativa establecida en el Manual de Contratación de la Entidad, además que no se sobrepasó el presupuesto oficial, y se cumplió con la modalidad de selección del contratista.

Ese Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA.⁵⁸, que pretende la generación de acciones participativas que favorezcan el desarrollo integral del funcionario y el mejoramiento de su nivel de vida y el de su grupo familiar, consagra cuatro (4) áreas de intervención, a saber: - fortalecimiento de capacidades y destrezas, -Estilos de trabajo saludables, -Familias saludables, y -Reconocimiento y salario emocional.

Describiéndose el área de *“Familias saludables”*, en los siguientes términos:

⁵⁷ Folio 199 expediente y archivo *“20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR”* subcarpeta *“4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7”* CD anexos – Folio 27 expediente

⁵⁸ (archivo *“20190510-DR1217_Programa_Bienestar_y_Calidad_de_Vida”* subcarpeta *“4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7”* CD anexos – Folio 27 expediente)

- **Familias saludables:** Programas creados para el Servidor y su grupo familiar primario en los cuales tiene la posibilidad de aprender, integrarse y recibir beneficios.

Dentro de su contenido, contempla la “fiesta de los niños”, en el literal (F): “f. Fiesta de los niños: evento de reconocimiento a los hijos de los Servidores entre los cero (0) y los doce (12) años de edad. Se realiza anualmente y pretende unir las familias en torno a la Empresa, generando espacios de diversión y sano esparcimiento. Para esta actividad los niños son acompañados por dos adultos integrantes de su grupo familiar” –Subraya y negrilla fuera de texto–

Y fue en el marco de la realización de esa actividad de la referida línea temática de “*Familias saludables*”, que como parte de la celebración del día del niño 2019, se adquirieron obsequios para los hijos de los funcionarios entre los 0 y 12 años de edad; para lo cual se siguió lo dispuesto en el Manual de Contratación de la Entidad, y se dio aplicación a la modalidad descrita en el artículo 17 de dicha Resolución 151 de 2017. Esto es, modalidad de única oferta, dada la cuantía establecida en el presupuesto para esa compra. O sea, haciendo uso de las características propias de toda EICE, se ciñó a sus estatutos de creación y la normativa de contratación vigente.

Nótese como, el eje fundamental de la irregularidad con incidencia fiscal detectada por el equipo auditor, que causó daño patrimonial a la Entidad en la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$37.313.755) originada en la adquisición de obsequios para hijos de los servidores del METRO DE MEDELLÍN LTDA., entregados en la celebración del Día del niño 2019; tiene su trasfondo en lo dispuesto en el Programa de bienestar y Calidad de vida para los funcionarios del METRO DE MEDELLÍN LTDA, reglamentado por la Resolución 169 de 2018, más que en la aplicación o no de las normas de austeridad en el gasto público a esa Entidad. De lo cual se establece, que el análisis debía efectuarse a la luz de esos actos administrativos, lo cual supone la aplicación del control de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como lo dispone el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

Y es que ha quedado fehacientemente evidenciado, que existía una norma que facultaba al METRO DE MEDELLÍN LTDA., para implementar y desarrollar el Programa de Bienestar y Calidad de Vida para sus funcionarios, que era la Resolución 169 de 2018; la cual además, goza de la presunción de legalidad del artículo 88 del CPACA, y sólo puede ser atacada vía medio de control de nulidad –artículo 137 del CPACA–.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera, Subsección B, en Sentencia del 19 de mayo de 2022⁵⁹, al examinar la violación del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y 125 de la Ley 1474 de 2011, respecto al establecimiento de responsabilidad fiscal derivada del control de legalidad ejercido por las Contralorías en desarrollo de sus funciones constitucionales, y el alcance de la aplicación de dicho sistema de control sostuvo:

“De manera que, la entidad demandada bajo el control de legalidad que le asiste en la producción de sus decisiones administrativas, debe comprobar que la operación financiera, administrativa, económica y de otra índole de una entidad se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; no obstante, en el presente asunto la denominada “política pública” de mejoramiento del servicio de transporte se efectuó a través de un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por tanto, la presunción de legalidad del Decreto 356 de 2012 no podía desatenderse por la entidad demandada, esto es, so pretexto de ejercer su control fiscal.

...

Por lo que, en consonancia con las normas en cita, en lo que respecta al control de legalidad al interior de la Contraloría debe indicarse, y sin perjuicio de esa potestad de comprobación, que fue la misma regulación la estableció el procedimiento a seguir cuando internamente adviertan una violación al principio de legalidad, esto es, la de interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes; no de otra manera puede entenderse la armonía de la función de control fiscal con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

Enfatizando que:

“...sin embargo, lo que el demandante cuestiona a la Contraloría acusada es que con fundamento en lo que ésta consideró “ilegal”, en éste caso el Decreto 356 de 2012, lo declarara responsable fiscal, cuando expresamente reconoció que dicho decreto era un acto administrativo, el cual se presume legal, esto es, ajustado al ordenamiento jurídico y de obligatorio cumplimiento hasta que sea anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto, la Sala precisa que bajo tal control de legalidad, la entidad demandada debe hacer el cotejo de que la operación del caso se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; que es lo que toda autoridad administrativa debe hacer en la producción de sus decisiones administrativas.

⁵⁹ Sentencia del 19 de mayo de 2022. Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera, Subsección B. Magistrado Ponente: Oscar Armando Dimaté Cárdenas. Radicación: 25000-23-41-000-2017-00512-00

De manera que, si bien la Contraloría cuenta con una facultad de comprobación que conduce a establecer la conformidad de las operaciones financieras, entre otras, con las normas que le son aplicables (control de legalidad), tal potestad no resulta ser igual al juicio de legalidad de un acto administrativo con el cual se desvirtúa la presunción que recae sobre dichas decisiones, cuyo conocimiento se encuentra atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa. -Subraya y negrilla fuera de texto-

Ahora, es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable, y se ha manifestado que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute, es el daño que se causa a los interés patrimoniales del Estado, por conductas dolosas o gravemente culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros. Así las cosas, ante la ausencia del daño o la falta de certeza del mismo, lo procedente en aplicación del artículo 47⁶⁰ de la Ley 610 de 2000, será declarar el archivo del respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

En este orden de ideas, y resolviendo el problema jurídico planteado acerca de la prueba del daño, esta instancia en sede de Grado de Consulta, encuentra que efectivamente no se presentó el elemento daño en el asunto *sub lite* o por lo menos, no aflora con un mínimo de certeza. Ello por cuanto el parámetro de comparación o criterio – *normas legalmente aplicables* – que utilizó el equipo auditor para determinar el daño, fueron las relativas a la austeridad en el gasto público, y ha quedado acreditado, como se explicó precedentemente, que tal criterio resulta impertinente para el caso concreto, por cuanto para derivar un daño patrimonial de la adquisición de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años en el marco de la celebración del día del Niño 2019; era necesario efectuar el control de legalidad respecto de los actos administrativos que sirvieron de sustento a dicha compra, los cuales además gozan de presunción de legalidad, -en virtud de la cual, se presumen válidos y son de obligatorio cumplimiento mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo-; esto es, el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR 1217 del Metro de Medellín Ltda., y la Resolución 169 de 2018, mediante la cual se reglamentó; el cual se concreta acudiendo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y no vía proceso de responsabilidad fiscal. De

⁶⁰ 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.**

conformidad con lo dispuesto en los artículos 88, 104 y 137 del CPACA, en concordancia con el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011.

Ahora, si se predicara que el daño surgió por violación de la normas de austeridad del gasto, como lo indicó el equipo auditor, también es cierto, que éste, señala en la redacción del hallazgo que hace en el Informe Definitivo de Auditoría, que en dicha regulación adoptada por el Metro de Medellín Ltda., no se encuentra la prohibición de tales actividades cuestionadas y advertidas como hallazgos con presunta incidencia fiscal, cuando sostiene:

“Hallazgo No. 7 que corresponde a la observación No. 7. Destinación de recursos públicos en la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad: el equipo auditor al revisar la subcuenta 740203 – sueldos y salarios, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 24 octubre de 2019, realizó un gasto con documento de pago 9100045398 por \$38.114.479 y factura 17184 del 26 de septiembre de 2019 expedida por ALMACENES ALMAXIMO SAS, NIT 860.045.854-7, por la compra de obsequios para los hijos de los servidores entre los 0 y 12 años de edad, dentro de la celebración del día de los niños, contrato 002617C-19, no estando autorizado este tipo de gastos en las normas y disposiciones legales de austeridad en el gasto público, ni dentro de los programas de bienestar social e incentivos para los servidores públicos.

(...)

Es de anotar, que si bien el Metro de Medellín Ltda., mediante Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016, compila y adopta medidas de austeridad en la Empresa, en esta resolución no se mencionan ni se adoptan medidas similares a las expedidas a nivel nacional en cuanto a la prohibición de realización de fiestas, agasajos, celebraciones o conmemoraciones con cargo al Tesoro Público, así como tampoco hay correlación en cuanto a las prohibiciones establecidas en el Decreto 1198 del 17 de mayo de 2006 del Municipio de Medellín y principios contemplados en el Acuerdo Municipal 50 de 2012 del Concejo Municipal, referentes normativos que se citan en la parte considerativa de la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016.

(...)

Esto se presentó por falencias, en la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 de austeridad de la empresa, al no acoger ni adoptar las medidas de austeridad en el gasto público expedidas por el Gobierno Nacional, también por errores en la identificación y construcción de los programas y actividades del Programa y Calidad de Vida del Metro, en sincronía a los criterios y lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional para los programas de bienestar social e incentivos, a fin de que las decisiones de los gastos de la Empresa se ajusten a criterios de eficiencia, economía y eficacia con el fin de racionalizar el uso de los recursos públicos, configurándose un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal, por valor de \$38.114.479.”

Así las cosas, tampoco resulta de recibo la configuración del hallazgo con presunta incidencia fiscal en tanto el cuestionamiento del equipo auditor es que la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 que compila y adopta medidas de austeridad en la empresa METRO DE MEDELLÍN LTDA., no se mencionan ni se adoptan medidas similares a las expedidas a nivel nacional en cuanto a la prohibición de realización de fiestas, agasajos, celebraciones o conmemoraciones con cargo al Tesoro Público, así como tampoco hay correlación, en cuanto a las prohibiciones establecidas en el Decreto 1198 del 17 de mayo de 2006 del Municipio de Medellín y principios contemplados en el Acuerdo Municipal 50 de 2012 del Concejo Municipal; lo que quiere significar es que tal Resolución no trae la norma prohibitiva que le sirvió como criterio para levantar el hallazgo, en consecuencia ante la falta de criterio –*Deber ser*–⁶¹ de comparación, ningún hallazgo fiscal con incidencia fiscal podría haberse pregonado.

Percátese, que más bien de la redacción del hallazgo lo que se observa es que el equipo auditor lo que realiza es un juicio de legalidad, al cuestionar que la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 que compila y adopta medidas de austeridad en la empresa Metro de Medellín no se funda en las normas superiores en que debía sustentarse. Cuestión que no puede servir de criterio por cuanto estaríamos nuevamente en lo razonado anteriormente, respecto a la presunción de legalidad de la aludida resolución que adopta la medidas de austeridad en el gasto.

En este orden de ideas, resulta pertinente nuevamente citar nuevamente otros apartes de Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera, Subsección B⁶² en la que indicó:

“Tal conformidad se expresa en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, así: los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”⁶³.

De modo que, es claro que la presunción de legalidad es un atributo del acto administrativo, la cual solo es posible desvirtuarla en sede judicial.

⁶¹ “1.3.3.7 Estructuración y tratamiento de observaciones y/o hallazgos

La observación y/o hallazgo de auditoría es un hecho relevante que se constituye en un resultado determinante en la evaluación de un asunto en particular, al comparar la condición (**Situación detectada - Ser**) con el **criterio (Deber ser)**. Igualmente, es una situación determinada al aplicar pruebas de auditoría que se complementará estableciendo sus causas y efectos.” GUÍA DE AUDITORÍA TERRITORIAL EN EL MARCO DE LAS NORMAS INTERNACIONALES - ISSAI - GAT Versión 3.0

⁶² Sentencia del 19 de mayo de 2022. Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera, Subsección B. Magistrado Ponente: Oscar Armando Dimaté Cárdenas. Radicación: 25000-23-41-000-2017-00512-00

⁶³ Ley 1437 de 2011. ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.



Asimismo, se advierte que la Contraloría cuenta, por disposición legal, de la facultad de realizar control de legalidad especial, el cual es propio de su actividad administrativa y le permite realizar las diligencias que considere pertinentes de comprobación de ajuste al ordenamiento jurídico con el fin de proteger el patrimonio público y evitar con ello el quebrantamiento del principio de legalidad, lo cual debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, el cual se reitera:

“[c]uando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y, en ejercicio de estas acciones, solicitar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público...”

Bajo tal figura de control de legalidad especial, la Contraloría demandada estableció como responsable fiscal al demandante, pero no significa que la contraloría anule actos administrativos sino que efectúa un primer juicio de ajuste al ordenamiento de la gestión fiscal desempeñada, precisamente como órgano de control y es en ese sentido, que realiza el control de legalidad, de ajuste a la ley y a la constitución de quienes realizan o contribuyen a la gestión del patrimonio público.

(...)

De manera que, si bien la Contraloría cuenta con una facultad de comprobación que conduce a establecer la conformidad de las operaciones financieras, entre otras, con las normas que le son aplicables (control de legalidad), tal potestad no resulta ser igual al juicio de legalidad de un acto administrativo con el cual se desvirtúa la presunción que recae sobre dichas decisiones, cuyo conocimiento se encuentra atribuido a la jurisdicción contenciosa administrativa.

En lo particular, la Sala observa que la responsabilidad fiscal endilgada al demandante devino de la consideración del ente de control según el cual el Decreto 356 del 23 de julio de 2012, resultaba contrario a las normas en los que debía fundarse, pues se expidió “sin dar cumplimiento al marco regulatorio para el ajuste de las tarifas y establecer una rebaja de tarifas generalizadas”, con lo cual se ocasionó una disminución o menoscabo a los recursos públicos del Distrito Capital.

(...)

De manera que, para la Sala la responsabilidad fiscal analizada respecto del demandante se sustentó en que el acto administrativo originario del detrimento patrimonial infringió las normas en que deberían fundarse, bajo la competencia que le asiste a la Contraloría de ejercer su control de legalidad; sin embargo, con ello efectuó un juicio de valor que conlleva una responsabilidad objetiva, contraria a la naturaleza del procedimiento administrativo en cuestión, como se expuso anteriormente.”

Así las cosas, no resultaba de recibo para el equipo auditor sustentar como criterio para determinar la configuración del hallazgo, las normas superiores no contenidas en la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016, mediante la cual se compila y adopta medidas de austeridad en la Empresa METRO DE MEDELLÍN LTDA., por cuanto su cotejo, debía ser con el acto administrativo que adoptó las medidas de austeridad del gasto, y si éste no contenía los eventos cuestionados como violación a la austeridad del gasto, ningún hallazgo de índole fiscal podría haberse producido. Otra cosa es que tal resolución incurriera en un vicio de legalidad por violación de las normas en que debía fundarse, en cuyo caso se debía acudir al artículo 125 de la Ley 1474 de 2011⁶⁴, vigente para la época con el fin de demandar su legalidad ante la autoridad jurisdiccional competente.

De consuno con lo anterior, también habría de concluir que el daño no existió con fundamento en la violación de la Resolución que adopta las medidas de austeridad del gasto en el METRO DE MEDELLÍN LTDA., por cuanto los eventos advertidos como dañosos no estaban previstos como una violación de la austeridad en la aludida Resolución. Más aún, como se dijo en acápites anteriores, tales adquisiciones se enmarcaban en el Programa de Bienestar y Calidad de vida de la entidad.

Bajo estas consideraciones, se procederá a **CONFIRMAR el Auto 048 del 30 de enero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 033 de 2022**, advirtiendo, que si después de proferido el Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto, el Subcontralor, en asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín, de acuerdo a Resolución 0262 del 07 de marzo de 2023,

⁶⁴ Ley 1474 de 2011. **ARTÍCULO 125. CONTROL DE LEGALIDAD.** Cuando en ejercicio del control de legalidad la Contraloría advierta el quebrantamiento del principio de legalidad, promoverá en forma inmediata las acciones constitucionales y legales pertinentes y solicitará de las autoridades administrativas y judiciales competentes las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 048 del 30 enero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 033 de 2020**, por las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR que si posterior a la firmeza del Auto objeto de consulta en el presente acto administrativo, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado, o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, se procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

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

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



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

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

Proyectó: Natalia Cardona Álvarez - Profesional Universitario II