



DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N°017 DE 2023

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 015 DE 2020**

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia consultada:	Auto 095 del 10 de febrero de 2023 , por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 015 de 2020.
Entidad afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., identificada con NIT 890904996-1.
Presuntos responsables:	1. JORGE ALBERTO LONDOÑO DE LA CUESTA, Identificado con cédula 70.564.579. 2. JUAN CARLOS HERRERA ARCINIEGAS, identificado con cédula 1.671.2161. 3. MARIO PELÁEZ VALENCIA, identificado con cédula 70.569.203. 4. NELSON RUÍZ BOTERO, identificado con cédula 71.650.076. 5. ADRIANA MARÍA PÉREZ VILLA, identificada con cédula 42.786.939.
Garante vinculado:	Compañía de Seguros SURAMERICANA S.A. NIT 8909049961. Número de Póliza 0475631-6, desde 30/06/2017 hasta 30/03/2020. Valor asegurado US\$102.250.000 y Póliza 0475631-6, por un valor asegurado de US\$102.000.000, desde 30 de junio de 2017 a 30 de sept de 2018, y su renovación.
Hecho investigado:	Según los documentos y actuaciones que soportan la etapa precontractual del Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402, suscrita entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y la Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo Objeto fue "Construcción de las obras y suministros, instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando", se encontró que ésta se suscribió por un valor de \$104.295.552.637, en atención a que la cotización entregada por TICSA, era más económica que los estudios de mercado elaborados directamente por EPM y por la firma externa, INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS (SERINGTEC S.A.S.), en virtud del Contrato CT-2015-002242, según consta en el documento que contiene los estudios de precios de mercado para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, elaborado en noviembre de 2017 y suscrito por el Director Proyectos Agua, saneamiento, Gas y Locativos PASGLO 1, (ver cuadro 43, informe definitivo de Auditoría).



	<p>Del examen practicado a los valores de los estudios de mercado, se pudo observar que el ítem de impuestos, debidamente calculado por TICSА, determinó que el valor contenido en la cotización que realizó, fue menor que el presentado por SERIGTEC en sus análisis, lo que incidió en la suscripción del acta de transacción debido a que SERIGTEC calculó los impuestos en la suma de \$8.873.410.000, presentando una desviación del 90.33% respecto a TICSА en la suma de \$4.211.337.623 y del 87,24% respecto a EPM, en la suma de \$4.134.326.420 respectivamente. (Cuadro 45, Informe Auditoría).</p> <p>Del anterior cuadro se extrae que SERIGTEC consideró unos impuestos que no fueron contemplados durante la formulación en el banco de Proyectos Grupo Empresarial P "Ampliación Planta San Fernando", como los impuestos de Timbre, Procultura, Proancianato y Prohospital. Impuestos que no fueron aplicados ni por EPM en su estudio de precios del mercado, ni por la Filial TICSА en su cotización, pues los impuestos que estas dos empresas calcularon, correspondían con los estimados en la formulación del proyecto contenida en el Banco de Proyectos Grupo Empresarial, situación que se refleja en el siguiente cuadro (ver cuadro 46, Auditoría).</p> <p>El hecho descrito se debe a que en la realización de los Estudios de Precios del mercado para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, en los que se analizó los precios presentados por la firma externa SERIGTEC, no se verificó que los impuestos calculados por la firma, no eran aplicables al contrato a suscribir por EPM, denotando una deficiencia en los controles que la Entidad debe llevar en la etapa precontractual, ocasionándose una afectación a sus recursos por contratar con una de sus filiales con sobrecosto, vulnerando el principio fiscal de economía, entendido en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993. Por consiguiente, se configura un hallazgo Administrativo con presunta incidencia fiscal por \$3.861.905.335.</p>
Cuantía:	TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS ML (\$3.861.905.335).
Procedimiento:	Ordinario
Temas y subtemas:	Elemento daño / Existencia y certeza del daño / Configuración de la responsabilidad fiscal / Inexistencia de daño como causal de archivo / Sobrecosto / Estudio de mercado
Decisión:	CONFIRMA AUTO CONSULTADO. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor Distrital de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 y 150 de 2021, modificada por la Resolución 482 de 2022, expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto 095 del 10 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del **Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 015 de 2020**.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La Contraloría Auxiliar de Auditoría EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, mediante Memorando 1106-202000001777 del 26 de 02 de 2020, remitió a este Despacho, hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal (hallazgo N° 8, Observación 9), encontrado en Auditoría Regular a EPM, vigencia 2018, dicho hallazgo fiscal se concreta en lo siguiente:

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



Cuadro 43. Precios Referentes

RESUMEN	TICSA ACTUALIZACIÓN Noviembre 2017			EPM ACTUALIZACIÓN 14-09-2017			SERINGTEC 12-09-2017	
	USD	COP	%	USD	COP	%	USD	COP
Equipamiento	\$11.421.181	\$35.611.243.142	42,43%	\$11.358.223	35.414.940.682	42,23%	\$11.548.885,41	\$36.009.424.709
Instrumentación y control	\$1.471.788	\$4.589.035.733	5,47%	\$1.567.638	4.887.895.284	5,83%	\$1.856.375,47	\$5.788.178.708
Obra civil	\$12.263.698	\$38.238.210.461	45,56%	\$12.175.508	37.963.234.278	45,27%	\$11.229.888,23	\$35.015.103.305
Obra Eléctrica	\$342.555	\$2.003.488.808	2,39%	\$641.437	2.000.000.000	2,39%	\$346.220,62	\$1.079.515.884
Obra Mecánica	\$653.459	\$2.037.485.976	2,43%	\$678.690	2.116.155.420	2,52%	\$590.602,30	\$1.841.497.980
Pruebas y Puesta en Marcha	\$110.832	\$345.574.461	0,41%	\$112.653	351.282.851	0,42%	\$134.701,73	\$420.000.000,00
Gestión Ambiental y Social	\$353.494	\$1.102.193.789	1,31%	\$359.333	1.120.400.294	1,34%	\$335.471,46	\$1.046.000.000
Gasto Financiero	\$625.271	\$1.949.593.473	2,32%	\$635.599	1.981.798.588	2,36%	\$638.877,29	\$1.984.848.000,00
Seguros y fianzas	\$462.157	\$1.441.005.199	1,72%	\$469.791	1.464.807.652	1,75%	\$404.811,42	\$1.262.202.000,00
(A) Supervisión y Gestión	\$1.796.489	\$5.601.452.788	6,67%	\$1.796.489	5.601.452.788	6,68%	\$1.579.677,20	\$4.925.433.500
(U) Utilidad	\$2.153.361	\$6.714.178.430	8,00%	\$2.151.479	6.708.312.703	8,00%	\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
Subtotal	\$31.954.284,88	\$99.633.460.260,45		\$31.946.850,71	99.610.280.520		\$30.746.767,71	\$95.868.421.730,72
COSTOS DIRECTOS	\$26.917.008	\$83.927.230.371		\$26.893.492,24	83.853.908.789		\$26.042.245,22	\$81.199.720.584
ADM.+GASTOS FIN.+SEGU Y FIAN.	\$2.883.916	\$8.992.051.460		\$2.901.879,10	9.048.059.028		\$2.621.065,91	\$8.172.483.500
UTILIDAD	\$2.153.361	\$6.714.178.430		\$2.151.479,38	6.708.312.703		\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
IMPUESTOS	\$1.495.212	\$4.662.072.377		\$1.519.911,35	4.739.083.580		\$2.845.865,94	\$8.873.410.000
TOTAL	\$33.449.497	\$104.295.532.637		\$33.466.762,06	104.349.364.100		\$33.592.633,65	\$104.741.831.731

Fuente: EPM. Elaboró Equipo Auditor

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

Cuadro 44. Valor Global Referentes del Mercado

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

Fuente: EPM. Elaboró: equipo auditor.

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

Cuadro 45. Discriminación de los impuestos (SERINGTEC)

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

Fuente: EPM. Elaboró: equipo auditor.

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

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

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

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

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

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

Cuadro 47. Precios referentes en Igualdad de condiciones

RESUMEN	TICSA ACTUALIZACIÓN Noviembre 2017			EPM ACTUALIZACIÓN 14-09-2017			SERINGTEC 12-09-2017	
	USD	COP	%	USD	COP	%	USD	COP
Equipamiento	\$11.421.181	\$35.611.243.142	42,43%	\$11.358.223	35.414.940.662	42,23%	\$11.548.885,41	\$36.009.424.709
Instrumentación y control	\$1.471.788	\$4.589.035.733	5,47%	\$1.587.638	4.887.895.284	5,83%	\$1.856.375,47	\$5.788.178.706
Obra civil	\$12.263.698	\$38.238.210.461	45,56%	\$12.175.508	37.963.234.278	45,27%	\$11.229.988,23	\$35.015.103.305
Obra Eléctrica	\$642.555	\$2.003.486.808	2,39%	\$641.437	2.000.000.000	2,39%	\$346.220,62	\$1.079.515.884
Obra Mecánica	\$653.459	\$2.037.485.976	2,43%	\$678.690	2.116.155.420	2,52%	\$590.602,30	\$1.841.497.980
Pruebas y Puesta en Marcha	\$110.832	\$345.574.481	0,41%	\$112.663	351.282.851	0,42%	\$134.701,73	\$420.000.000,00
Gestión Ambiental y Social	\$353.494	\$1.102.193.789	1,31%	\$359.333	1.120.400.294	1,34%	\$335.471,46	\$1.046.000.000
Gasto Financiero	\$625.271	\$1.949.593.473	2,32%	\$635.599	1.981.798.588	2,36%	\$636.577,29	\$1.984.848.000,00
Seguros y fianzas	\$482.157	\$1.441.005.199	1,72%	\$489.791	1.464.807.652	1,75%	\$404.811,42	\$1.262.202.000,00
(A) Supervisión y Gestión	\$1.796.489	\$5.601.452.788	6,87%	\$1.796.489	5.601.452.788	6,68%	\$1.579.677,20	\$4.925.433.500
(U) Utilidad	\$2.153.361	\$6.714.178.430	8,00%	\$2.151.479	6.708.312.703	8,00%	\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
Subtotal	\$31.954.284,88	\$99.633.460.260,45		\$31.946.850,71	99.610.280.520		\$30.746.767,71	\$95.868.421.730,72
COSTOS DIRECTOS	\$26.917.008	\$83.927.230.371		\$26.893.492,24	83.853.908.789		\$26.042.245,22	\$81.199.720.584
ADM.+GASTOS FIN.+SEGU Y FIAN.	\$2.883.916	\$8.992.051.460		\$2.901.879,10	9.048.059.028		\$2.621.065,91	\$8.172.483.500
UTILIDAD	\$2.153.361	\$6.714.178.430		\$2.151.479,38	6.708.312.703		\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
IMPUESTOS	\$1.495.212	\$4.662.072.377		\$1.519.911,35	4.739.083.580		\$1.464.144,72	\$4.565.203.241
TOTAL	\$33.449.497	\$104.295.532.637		\$33.466.762,06	104.349.364.100		\$32.210.912,43	\$100.433.624.972

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

2.1. Metodología de precios

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

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

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

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

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

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

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

El hecho descrito, se debe a que en la realización de los Estudios de Precios de Mercado para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando, en los que se analizó los precios presentados por la firma externa SERINGTEC, no se verificó que los impuestos calculados por la firma, no eran aplicables al contrato a suscribir por EPM, denotando una deficiencia en los controles que la entidad debe llevar en la etapa precontractual, ocasionándose una afectación a sus recursos por contratar con una de sus filiales con sobre costos, vulnerando el principio de la gestión fiscal de economía, contenido en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993. Por consiguiente, se configura un **hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal por \$3.861.905.335**.

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

JORGE ALBERTO LONDOÑO DE LA CUESTA, Identificado con la cédula 70.564.579; JUAN CARLOS HERRERA ARCINIEGAS, identificado con cédula 1.671.2161; MARIO PELÁEZ VALENCIA, identificado con cédula 70.569.203; NELSON RUÍZ BOTERO, identificado con cédula 71.650.076; y ADRIANA MARÍA PÉREZ VILLA, identificada con cédula 42.786.939.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

El patrimonial se ha ocasionado a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.- identificada con NIT 890904996-1. Su naturaleza jurídica corresponde a una empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio.

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

El daño patrimonial que se investiga asciende a la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.861.905.335).

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

A la presente investigación, en calidad de tercero civilmente responsable, fue vinculada la Compañía Aseguradora SURAMERICANA., identificada con el NIT 8909049961, póliza 0475631-6, por un valor asegurado de US\$102.000.000, con una vigencia de 30/06/2017 a 30/08/2018. Póliza 0475631-6, por un valor asegurado de US\$102.250.000, desde 30 de septiembre de 2018 a 30 de marzo de 2020 de renovación. (Folios 10 CD, cuaderno 1).

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA.

- Auto 171 del 28 de febrero de 2020, mediante el cual se comisiona el presente asunto al Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva JUAN DIEGO GONZÁLEZ PUERTA. (Folio 1 a 3, cuaderno 1)
- Mediante Memorando 1106-202000001777 del 26/02/2020, proveniente de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM. 3, hizo traslado a esta Contraloría

Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, de un hallazgo Nro. 2 con presunta incidencia fiscal encontrado en virtud de la Auditoría Regular realizada a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN S.A. (Folio 3 a 9 cuaderno 01).

- Informe de Auditoría Regular a EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN S.A. (Folio 11 a 127 cuaderno 01).
- Resolución 126 del 17 de marzo del año 2020, por medio del cual se suspenden términos en los procesos y actuaciones administrativas que se adelanten en la Contraloría General de Medellín entre el 18 de y el 31 de marzo del año 2020, como medida transitoria por motivos de salubridad pública. (Folio 128 a 129, Cuaderno 1).
- Auto 225 por medio del cual se acata lo ordenado por el Superior, del 17 de marzo del año 2020. (Folio 130 a 131, cuaderno 1).
- Resolución 143 del 27 de abril del año 2020, por la cual se suspenden términos dentro de las indagaciones preliminares fiscales, los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, disciplinarios y sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín. (Folio 132 a 138, cuaderno 1).
- Resolución 392 del 27 de abril del año 2020, por la cual se suspenden términos dentro de las indagaciones preliminares fiscales, los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, disciplinarios y sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín. (Folio 136 a 138, cuaderno 1)
- Auto 276 por medio del cual se acata lo ordenado por el Superior, del 20 de octubre del año 2020. (Folio 139 a 140, cuaderno 1).
- Auto 227 por medio del cual se comisiona a una abogada de la dependencia con fecha del 27 de mayo de 2021. (Folio 141 a 142, cuaderno 1).
- Mediante el Auto 477 del 27 de septiembre de 2021, se apertura un proceso de responsabilidad fiscal, debidamente notificado a la entidad EPM, a los presuntos responsables y a la compañía de seguros Suramericana de Seguros S.A. (Folio 144 a 153, cuaderno 1).
- Se cita a versión libre a: Jorge Alberto Londoño de la Cuesta, Juan Carlos Herrera Arciniegas, Mario Peláez Valencia, Nelson Ruiz Botero y a la señora Adriana María Pérez Villa. (Folio 186 a 196, cuaderno 1).
- Se encuentran en CD las versiones dadas por la señora Adriana María Pérez Villa, Nelson Ruiz Botero y el señor Juan Carlos Herrera. (Folio 209 a 210, cuaderno 1).

- El día 8 de julio de 2022, se recibió escrito del señor Mario Peláez Valencia, donde expone su versión libre. (Folio 211 a 218, cuaderno 2).
- El día 8 de julio de 2022, se recibió escrito del señor Nelson Ruiz Botero, donde expone su versión libre. (Folio 219 a 225, cuaderno 2).
- El día 8 de julio de 2022, se recibió escrito del señor Jorge Londoño de la Cuesta, donde expone su versión libre. (Folio 226 a 234, cuaderno 2).
- Acuerdo de Gobierno entre Empresas del Grupo EPM y sus anexos. (Folio 235 a 248, cuaderno 2).
- Guía para la celebración de actas de interacción, transacción e intervención. (Folio 249 a 258, cuaderno 2).
- Auto 50 por medio del cual se decreta la práctica de pruebas del 30 de enero de 2023. (Folio 262 a 263, cuaderno 2).
- Auto 095 del 10 de febrero de 2023 por medio del cual se ordena el archivo de un proceso ordinario. (Folio 302 a 317, cuaderno 2).
- Mediante Memorando 1200 – 202300001635 del 16 de febrero de 2023, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordena la remisión del expediente al Despacho del Contralor Distrital de Medellín, para que se surta el grado de consulta. (Folio 321, cuaderno 2).
- Según constancia secretarial del 16 de febrero de 2023, el expediente es recibido en el Despacho del Contralor Distrital de Medellín para que se surta el grado de consulta. (Folio 320 cuaderno 2)

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata del **Auto 095 del 10 de febrero de 2023**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del proceso respecto de los presuntos responsables y como consecuencia de ello, ordenó la desvinculación de la compañía aseguradora vinculada en calidad de tercero civilmente responsable.

Para arribar a tal decisión, el Operador de la Primera Instancia de manera preliminar advierte que la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM. 3 Aguas y Saneamiento Básico; generó hallazgo con incidencia fiscal, por presuntas deficiencias en los controles que EPM debía llevar en la etapa precontractual que dieron como origen el **Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402**, suscrita entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y La Filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSA COLOMBIA, cuyo objeto fue la “*Construcción de las obras y suministros, Instalación y puesta en marcha de los sistemas para la ampliación de la planta de tratamiento de aguas residuales San Fernando*” la cual se suscribió por un valor de **\$104.295.532.637** en atención a que la cotización entregada por TICSA, era más económica que los estudios de mercado elaborados directamente por EPM y por la firma externa, INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS (SERINGTEC S.A.S).

De acuerdo al examen practicado por el equipo auditor se pudo observar que el ítem de impuestos, debidamente calculado por TICSA, determinó que el valor contenido en la cotización que realizó, fue menor al presentado por SERINGTEC, lo que incidió en la suscripción del acta de transacción debido a que SERINGTEC calculó los impuestos en la suma de \$8.873.410.000, presentando una desviación del 90.33% respecto a TICSA en la suma de \$4.211.337623 y del 87,24% respecto a EPM, en la suma de \$4.134.326.420 respectivamente según Cuadro 44 del Informe Auditoría¹.

Cuadro 44. Valor Global Referentes del Mercado

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

Fuente: EPM. Elaboró: equipo auditor.

En efecto SERIGTEC para llegar a la suma de \$8.873.410.000 por concepto de impuestos, consideró unos impuestos que no fueron contemplados durante la formulación en el banco de Proyectos Grupo Empresarial P “Ampliación Planta San Fernando”, como los impuestos de Timbre, Procultura, Proancianato y Prohospital. Impuestos que no fueron aplicados ni por EPM en su estudio de precios del mercado, ni por la Filial TICSА en su cotización, pues los impuestos que estas dos empresas calcularon, correspondían con los estimados en la formulación del proyecto contenida en el Banco de Proyectos Grupo Empresarial.

¹ Folio 55 –Informe de Auditoría Regular EPM -2019

Así las cosas, de acuerdo al análisis realizado se pudo observar que el precio presentado por SERINGTEC, en cuanto al rubro "IMPUESTOS", se le debía restar según el equipo auditor la suma de \$4.095.844.000 correspondiente a los impuestos de Timbre, Procultura, Proancianato y el de Prohospital, y teniendo en cuenta los mismos impuestos que consideró EPM y TICSA en su cotización, arrojaría el valor real de los impuestos, que ascienden a la suma de \$4.565.203.241, mostrando así el valor total de SERINGTEC de \$100.433.624.972, tal como se describe en el siguiente cuadro²:

Cuadro 47. Precios referentes en Igualdad de condiciones

RESUMEN	TICSA ACTUALIZACIÓN Noviembre 2017			EPM ACTUALIZACIÓN 14-09-2017			SERINGTEC 12-09-2017	
	USD	COP	%	USD	COP	%	USD	COP
Equipamiento	\$11.421.181	\$35.611.243.142	42,43%	\$11.358.223	35.414.940.662	42,23%	\$11.548.885,41	\$36.009.424.709
Instrumentación y control	\$1.471.788	\$4.589.035.733	5,47%	\$1.567.638	4.887.895.284	5,83%	\$1.856.375,47	\$5.788.178.706
Obra civil	\$12.263.698	\$38.238.210.461	45,56%	\$12.175.508	37.963.234.278	45,27%	\$11.229.988,23	\$35.015.103.305
Obra Eléctrica	\$642.555	\$2.003.486.808	2,39%	\$641.437	2.000.000.000	2,39%	\$346.220,62	\$1.079.515.884
Obra Mecánica	\$653.459	\$2.037.485.976	2,43%	\$678.690	2.116.155.420	2,52%	\$590.602,30	\$1.841.497.980
Pruebas y Puesta en Marcha	\$110.832	\$345.574.461	0,41%	\$112.663	351.282.851	0,42%	\$134.701,73	\$420.000.000,00
Gestión Ambiental y Social	\$353.494	\$1.102.193.789	1,31%	\$359.333	1.120.400.294	1,34%	\$335.471,46	\$1.046.000.000
Gasto Financiero	\$625.271	\$1.949.593.473	2,32%	\$635.599	1.981.798.588	2,36%	\$636.577,29	\$1.984.848.000,00
Seguros y fianzas	\$462.157	\$1.441.005.199	1,72%	\$469.791	1.464.807.652	1,75%	\$404.811,42	\$1.262.202.000,00
(A) Supervision y Gestión	\$1.796.489	\$5.601.452.788	6,67%	\$1.796.489	5.601.452.788	6,68%	\$1.579.677,20	\$4.925.433.500
(U) Utilidad	\$2.153.361	\$6.714.178.430	8,00%	\$2.151.479	6.708.312.703	8,00%	\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
Subtotal	\$31.954.284,88	\$99.633.460.260,45		\$31.946.850,71	99.610.280.520		\$30.746.767,71	\$95.868.421.730,72
COSTOS DIRECTOS	\$26.917.008	\$83.927.230.371		\$26.893.492,24	83.853.908.789		\$26.042.245,22	\$81.199.720.584
ADM.+GASTOS FIN.+SEGU Y FIAN.	\$2.883.916	\$8.992.051.460		\$2.901.879,10	9.048.059.028		\$2.621.065,91	\$8.172.483.500
UTILIDAD	\$2.153.361	\$6.714.178.430		\$2.151.479,38	6.708.312.703		\$2.083.456,59	\$6.496.217.647
IMPUESTOS	\$1.495.212	\$4.662.072.377		\$1.519.911,35	4.739.083.580		\$1.464.144,72	\$4.565.203.241
TOTAL	\$33.449.497	\$104.295.532.637		\$33.466.762,06	104.349.364.100		\$32.210.912,43	\$100.433.624.972

Conforme con lo expuesto, se podía evidenciar que el valor cotizado por TICSA se encontraba por encima de los precios estimados por SERINGTEC en su análisis, los cuales representaban en comparación con los de EPM, el menor costo en igualdad de condiciones, encontrándose una diferencia por encima de **\$3.861.905.335**.

Luego de precisar el hallazgo se pasó a valorar los elementos probatorios recaudados y allegados en el plenario, entre ellas las versiones libres aclarando que el procedimiento establece que se realicen tres referencias y, para este caso en particular, ante la incertidumbre presentada con uno de los resultados, los otros dos, no objetados por la Auditoría, servirían de parámetro para identificar la tendencia

² Folio 56 –Informe de Auditoria Regular EPM -2019

central de los precios de mercado. Además que los impuestos fueron correctamente calculados en el presupuesto elaborado por TICSА, y que no hay observaciones con relación a los impuestos estimados en el presupuesto definitivo para la elaboración del Acta de Transacción. (Folio 10, CD).

Así mismo, que el señor Jorge Londoño de la Cuesta, señala que se iba a contratar por suma global fija, y, por lo tanto, para el análisis se consideraron los valores globales identificados en el estudio SERINGTEC para obtener el valor referente para el estudio de mercado del proyecto, basándose en las prácticas recomendadas por la organización AACE (Asociación Americana de Ingeniería de Costos), la cual provee principios y conceptos de ingeniería de costos en todo el ciclo de vida de cualquier proyecto. Y que de acuerdo con esta metodología, para la etapa en la cual se encontraba el proyecto en ese momento, correspondía un grado de precisión II, lo cual indica que la precisión del precio que se puede obtener en esa etapa de los proyectos está en un rango entre -10% y el +19%. SERINGTEC realizó el ejercicio, con base en ponderaciones que tuvieron en cuenta diversas fuentes como: Análisis de precios unitarios, cotizaciones de mercado, bases de datos y factores y juicios de expertos. Cualquier valor dentro del rango o de la margen indicada por SERINGTEC (-10% y el +19%) era válido.

Reiterando que la información recibida en el estudio de mercado no se trató de cotizaciones, ni de ofertas por parte de firma alguna, solo fueron **referenciamientos** que permitieron establecer un rango de precios del mercado inicial para el contrato, y que permitieron establecer si el valor propuesto por TICSА (filial del Grupo EPM, y entidad pública) estaba dentro de ese rango, y es por eso por lo que, en este tipo de procesos, se presentan tres referenciamientos como mínimo.

Insistiendo en que cualquier valor que se hubiera tomado del referenciamiento de SERINGTEC, que estuviera dentro del rango, hubiera sido válido para la celebración del contrato con TICSА, por lo que no se podría hablar en ningún momento de la existencia de un detrimento patrimonial, pues no se perdió dinero público. Dado que el análisis que EPM estaba haciendo a los referenciamientos de mercado, estaba orientado a suma global fija y el criterio para el análisis fue comparar los valores finales.

Bajo estas consideraciones señala la Primera Instancia que de las pruebas arrimadas al expediente EPM actuó con diligencia y cuidado y que durante la etapa precontractual realizó los controles pertinentes, ajustados y correctos, en el trámite de la suscripción del Acta de Transacción con TICSА para la ejecución de las obras del proyecto Ampliación PTAR San Fernando, además que dicho proceso estuvo dirigido

por los acuerdos de Gobierno Corporativo y por lo tanto concluyendo que no existe certeza del presunto daño y una conducta dolosa o culposa de los gestores fiscales.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. LA COMPETENCIA

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

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y 150 de 2021, modificada por la Resolución 482 de 2022, expedidas por este Ente de Control, el Contralor Distrital de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a *quo* y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

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

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de



este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”³.

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...” (Resaltado fuera de texto)

En Sentencia T- 587 de 2002, sostuvo el juez colegiado constitucional:

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

³ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

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

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

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional⁴ y la Ley⁵.

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

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, **si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal**. El daño fiscal, está previsto el Artículo 6° de la Ley 610 de 2000, como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el*

⁴ Sentencia SU 620 de 1996

⁵ Ley 610 de 2000

menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado...”.

4.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Bajo los antecedentes fácticos que rodean la presente actuación y de acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para adoptar la decisión objeto de revisión, como problema jurídico principal corresponde a esta Dependencia en primer lugar determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario admitan con suficiencia establecer una ausencia del elemento daño patrimonial como una de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁶, que permitan confirmar el auto de archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO - ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

4.4.1. ASPECTOS GENERALES

En el Auto 008 del 17 de enero de 2023, proferido por este Despacho en Grado de Consulta, dentro del proceso de responsabilidad fiscal 039 de 2015, se realizaron una serie de disquisiciones, que aunque referidas a una relación contractual regida por la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2011 –*Estatuto General de Contratación Pública*–, resultan pertinentes para este caso, aun tratándose de un entidad con un régimen exceptuado del estatuto general de contratación y a un contrato diferente, en tanto se dilucidó el principio de economía de la gestión fiscal en materia contractual. En esa oportunidad se indicó:

“En la estimación del valor del futuro contrato, está presente el principio de economía, con el fin de verificar que la adquisición de insumos se hizo a precios de mercado, para su consumo o utilización en los procesos administrativos.

Por tanto, es en la etapa precontractual de estudios previos cuando se debe verificar el principio de economía, pues en esta fase se estudia el mercado, para establecer el costo de los insumos, y el presupuesto oficial. En la fase de

⁶ 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.



estudio de propuestas, y adjudicación del proceso contractual en los concursos de méritos, no se estudia el mercado sino que se comparan las propuestas con el presupuesto oficial. Ello por cuanto uno es el precio como factor de ponderación y/o escogencia, y otro la regla presupuestal que determina el marco de disponibilidad y afectación de recursos públicos en los concursos de méritos.

*La entidad estatal debe revisar la **oferta económica** y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y **estudios previos** y del **presupuesto asignado para el contrato**"*

Ulteriormente, en la aludida providencia se acotó:

"5.1 PRECIOS DE MERCADO. VALORES NO JUSTIFICADOS COMO PREMISA DEL DAÑO

*Cuando hablamos de **precio**⁷, hablamos de la cantidad de dinero que se debe desembolsar para adquirir un determinado bien o disfrutar de un servicio concreto. El **costo**, es el desembolso económico que se realiza para la producción de algún bien o la oferta de algún servicio. Es un componente del precio.*

*Entonces los **sobrecostos**⁸, son los mayores valores gastados respecto de los planeados; de la misma manera los **sobrepuestos** son los valores pagados por encima de los precios de mercado.*

*En todo caso, pensamos que tanto el **sobrecosto** como el **sobrepuesto** deben estar justificados, pues de lo contrario estaríamos frente a un hallazgo fiscal. Ejemplo del sobrecosto es la obra extra y adicional, las cuales pueden estar justificadas por la entidad, pues pudieron basarse en subestimaciones en las cantidades de obra o en el precio.*

⁷ ¿Cómo calcular el precio de venta de un producto? Existe una formula sencilla y eficaz para determinar el precio de venta. Lo único que se necesita saber es 1) el **costo** del producto y 2) establecer el margen de ganancia; este margen de ganancia también se conoce como rentabilidad.

PRECIO Venta = Precio de venta = [(costo del artículo) ÷ (100 – porcentaje de marca)] x 100

⁸ RAE. 1. m. Gasto adicional que no está previsto o establecido inicialmente. Sobrepuesto 1. m. Recargo en el precio ordinario.

Wikipedia. "Un sobrecosto, también conocido como un incremento de costo o sobrepasar el presupuesto, es un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto. Un sobrecosto es algo común en los proyectos de infraestructura, construcción de edificios y tecnología".



Por tanto en la medida de que se obtengan recursos o insumos por un precio, superior a los precios de mercado, en una cuantía no razonable, o con sobrepuestos no justificados, estaremos en presencia de un daño patrimonial al Estado. De la misma manera cuando se producen sobrecostos, no justificados, o siendo necesarios se adquieren a un precio superior a los del mercado.

Sobre este tema la Contraloría General de la República en Concepto N° 235 de 2016 expresó:

Existe la obligación de la entidad que pretende realizar cualquier tipo de contratación de elaborar los estudios previos que incluyan el análisis concienzudo de los precios de mercado para determinar su viabilidad y conveniencia. SNFT.

Ha de entenderse entonces que existe un deber legal por parte de la administración de planear de manera adecuada los procesos de contratación que adelante, lo que implica inequívocamente la obligación de determinar el valor de la contratación a través de estudios de mercado debidamente soportados, con los respectivos análisis de precios y con base en las cotizaciones y demás mecanismos que permitan llegar a establecer el presupuesto oficial de dicha contratación. Sin ello, se estaría incumpliendo un deber legal y se pondrían en riesgo los recursos del Estado. SNFT.

Colombia Compra Eficiente en concepto C-678 de 2020 expresó:

Frente al análisis del sector (estudio de mercado), durante la etapa de planeación de los procesos de contratación, las entidades estatales deben realizar el análisis del mercado del bien o servicio que pretenden adquirir. El Decreto 1082 de 2015 establece este deber y dispone que las entidades estatales deben conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo.

Para estructurar el análisis del sector, la entidad, debe tener en cuenta, entre otros factores, el estudio de la demanda, a través del cual evidenciará cómo ha adquirido en el pasado este bien, obra o servicio. En este sentido, analizará el comportamiento de sus adquisiciones anteriores teniendo en cuenta aspectos como: modalidad de selección, objeto del contrato, calidad del bien o servicio, valor de los contratos y forma de pago, número de contratos suscritos, presupuesto con cargo al cual han sido ejecutados esos contratos. SNFT.

De otra parte la Ley 1474 de 2011 en el artículo 118 sobre la determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal, establece que se



presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

*b) Cuando haya habido una **omisión injustificada** del deber de efectuar **comparaciones de precios**, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los **ofrecimientos recibidos** y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado; SNFT.*

Según lo expuesto, para que se presuma de la culpa grave es menester: (1) Una omisión injustificada de comparación de precios de mercado en la elaboración de los estudios previos; (2) Que la oferta recibidas sean aceptada por encima de los precios de mercado, (3) Que la omisión esté en cabeza de un gestor fiscal y relacionada con el deber funcional de hacer la comparación de precios."

Llegado a este punto, se procederá en al acápite siguiente, verificar si efectivamente los presuntos responsables cumplieron con su deber legal de realizar una adecuada estimación económica del precio del contrato con base en estudios económicos o de mercado, con soporte en una metodología que garantizara la materialización del principio el principio de economía en la gestión fiscal, en la manera que le era exigible a una entidad exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal reza:

"ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal."

4.4.2. EL CASO CONCRETO

Habiéndose determinado el problema jurídico por parte del Despacho, como fue planteado consiste en definir si en los hechos denunciados de evidencia la generación de un daño patrimonial a la entidad afectada y enunciado también que esto de verificará a partir de indagar si los presuntos responsables, en el proceso de contratación escrutado, cumplieron con su deber legal de realizar una adecuada

estimación económica del precio del contrato con base en estudios económicos o de mercado, con soporte en una metodología que garantizara la materialización del principio de economía en la gestión fiscal, en la manera que le era exigible a una entidad exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora, corresponde en primer lugar, analizar los medios de convicción obrantes en el plenario y examinar si los mismos resultan ser pertinente y conducentes para acreditar la no existencia del daño patrimonial objeto de averiguación en la presente causa fiscal.

Así las cosas, iniciemos por examinar las **versiones libres** de los señores Mario Peláez Valencia, Nelson Ruiz Botero y Jorge Londoño de la Cuesta quienes fueron enfáticos y coincidentes en sus exposiciones acerca de las actuaciones precontractuales que dieron como origen el **Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402**. En ellas precisan que la normatividad contractual interna establecida en EPM mediante el Acuerdo de Gobierno de año 2013⁹ y la Guía Interna para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención¹⁰ permite que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. –EPM– pueda contratar directamente con sus filiales –*como lo es el contratista en este caso TICSA*– y brinda la posibilidad que para la estimación del valor del contrato se acuda a un referenciamiento del mercado.

Además, manifestaron que para el presente caso, la modalidad para la determinación del precio del contrato sería por una *Suma Global Fija (SGF)*, es decir, para el análisis se considerarían los valores globales, solicitando para ello el estudio de mercado y los tres referenciamientos así:

- Valor de referencia 1. Filial de EPM –TICSA, quien estaba finalizando los diseños y valor de referencia del proyecto.
- Valor de referencia 2. Área de diseño EPM haciendo uso de un contrato vigente con la firma consultora SERINGTEC.
- Valor de referencia 3. EPM mediante el uso de precios históricos y cotizaciones de equipos.

⁹ Folio 235 a 248 del cuaderno 1

¹⁰ Folio 249 a 258 del cuaderno 1



Y reiteraron: “... que la información recibida por la filial TICSa y por la firma consultora SERINGTEC, fueron referenciamientos que permiten establecer un rango de precios de mercado, tal como lo establece la norma interna de EPM, y en ningún momento se trató de presentación de cotizaciones, ni de ofertas, ni de propuestas económicas, por parte de las firmas proponentes, ni se estaba dentro de un proceso de selección de contratista.” (Subrayas fuera de texto)

Por otra parte, respecto a la metodología y rango de valores del estudio de precios de mercado manifestaron los versionados que SERINGTEC partió del ejercicio de comparación de referenciamientos, basado en las prácticas recomendadas por la organización AACE –Asociación Americana de Ingenieros de Costos–, y de acuerdo con esta metodología para la etapa en la cual se encontraba el proyecto en ese momento correspondía un grado de precisión II, el cual indicaba **la precisión del precio que se puede obtener en esa etapa de un proyectos se ubica en un rango entre -10% y el +19%.**

E indicaron que el consultor SERINGTEC, en el informe final, concluyó que el margen del precio por las obras a contratar se podía ubicar entre los siguientes valores, es decir, entren piso y un techo:

“...se concluye que el valor final estimado para un presupuesto, según la metodología empleada, podrá variar según la tabla que se presenta a continuación:

DESCRIPCIÓN	PISO [COP]	P50 [COP]	TECHO [COP]
EQUIPOS	31.348.475.612	36.009.424.708	43.944.047.702
INSTRUMENTACIÓN	4.709.511.472	5.788.178.706	7.820.569.466
CIVIL	33.207.676.429	35.015.103.305	38.629.957.269
ELÉCTRICA	1.008.847.860	1.079.515.884	1.212.505.873
MECÁNICA	1.570.105.571	1.841.497.980	2.384.282.797
PRUEBAS Y PUESTA EN MARCHA	373.680.000	420.000.000	581.280.000
GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL	944.100.000	1.049.000.000	1.363.700.000
ADMINISTRACIÓN	15.341.304.150	17.045.893.500	20.455.072.200
UTILIDAD	6.171.406.764	6.496.217.647	8.120.272.058
TOTAL	94.675.107.859	104.744.831.731	124.511.687.365
PRECISIÓN	-10%		19%



Entendiéndose como precio piso o mínimo \$94.675.107.859 y precio techo o máximo \$124.511.687.365”¹¹

Y que sin embargo, Empresas Públicas de Medellín E.S.P. descartó los extremos de ese margen y decidió por el valor medio –P50= \$104.744.831.731–, dado que era un valor muy cercano al valor obtenido por EPM basado en sus propios análisis y también al valor entregado por TICSА que había obtenido EPM.

Los implicados, Mario Peláez Valencia y Jorge Londoño de la Cuesta, agregaron frente a este hecho “... que cualquier valor que se hubiera tomado del referenciamiento de SERINGTEC, que estuviera dentro de ese rango o margen mencionado hubiera sido válido para la celebración del contrato con TICSА, por lo que no se puede hablar en ningún momento de la existencia de un detrimento patrimonial, pues no se perdió dinero público.”¹²

Cabe decir, que el presunto responsable Jorge Londoño de la Cuesta, con respecto a la estimación de los impuestos aplicable al proyecto, manifestó: “EPM por su parte considera que no fueron deficientes los controles realizados durante la etapa precontractual y que la forma en que puede revisarse el ítem de impuestos depende del criterio de análisis y de la metodología implementada por cada evaluador. Además la Contraloría ha realizado su observación sobre un rubro específico de los muchos que componen la referencia, pero debe tenerse en la cuenta que EPM consideró todos los ítems como integrantes de una **suma global**.”

Lo claro y contundente es que finalmente esos impuestos de más considerados por SERINGTEC en su estudio de precios, que se insiste no era una cotización, ni una oferta, ni una propuesta, sino un referenciamiento que servía de insumo a EPM para establecer el valor final del acta de transacción con TICSА:

- 1. No fueron tenidos en cuenta por TICSА ni en su referenciamiento, ni en su propuesta final a EPM.*
- 2. No fueron tenidos en cuenta por EPM en su referenciamiento.*
- 3. No fueron incluidos en la Acta de Transacción con TICSА*
- 4. Nunca se pagaron”*

Aludieron los implicados, Mario Peláez Valencia y Jorge Londoño de la Cuesta, que durante la etapa precontractual a la firma del acta de transacción antes referida se

¹¹ Folio 230 del cuaderno 1

¹² Folio 228 del cuaderno 1



realizaron los controles pertinentes, ajustados y correctos que permitieron tomar la decisión para tramitar la suscripción del Acta de Transacción con TICSA.

Asimismo, señalaron que los puntos de control por lo que pasó el Acta de Transacción fueron: *"Planeación del Negocio, Dirección del Proyecto, Riesgos, NIIF, Estudio de Precios, Gobierno Corporativo, Revisión jurídica y Comité de Contratación"*

Aún más, explicaron que las actividades que se realizaron al final de la etapa precontractual evidencian que se ejecutaron los controles necesarios para la toma de decisión, cuestión que fue descrita así: *"... los resultados finales de las tres referencias de precios de mercado mediante verificaciones de las actividades del presupuesto, de los resultados totales de las sumas globales y del análisis de comparación de referencias de precios de mercado con la identificación de desviaciones sustanciales, en los valores totales, así como de las correspondientes a los valores de las actividades que conforman un porcentaje considerable del total de presupuesto, y además, de la identificación de los precios del mercado."*

En siguiente cuadro resume el resultado del control realizado:

FIRMA	COSTOS DIRECTOS	COSTOS INDIRECTOS	TOTAL
TICSA	83,927,230,371	20,368,302,266	104,295,532,637
EPM	83,853,908,789	20,495,455,311	104,349,364,100
SERINGTEC	(-10%) 73,079,748,526 P(50) 81,199,720,584 (+19%) 96,627,667,495	(-10%) 21,187,900,032 P(50) 23,542,111,147 (+19%) 28.015.112.264	(-10%) 94.270.348.558 P(50) 104,744,831,731 (+19%) 124,464,349,760

A partir de los controles y análisis realizados, se tomó la decisión para que EPM suscribiera el Acta de transacción con TICSA por considerar que su presupuesto se ajusta a *"precios competitivos de mercado"*

En este orden de ideas, los versionados precisaron, con respecto a la comparación de los precios de referencias, que: *"El análisis de la Contraloría podría ser un análisis válido de muchos que pueden hacerse y es absolutamente respetable, pero igualmente podría cuestionarse que no se hace entonces la observación consecuente de todos los otros muchos ítems que componen la referencia. Pasa por alto la Contraloría que se trata de una suma global, y que aún bajo su mirada, y análisis del ítem de impuestos, el valor finalmente contratado con TICSA estaba dentro de los márgenes dados por el consultor SERINGTEC, incluso muy por debajo del techo, por lo tanto, no es posible hablar de detrimento patrimonial."*



EPM contaba con un margen entre 94.675.107.859 (piso) y 124.511.687.365 (techo), y el valor contratado estuvo muy por debajo de dicho techo.”¹³

También, indicaron que frente al comparativo de las referencias, y de acuerdo a la metodología usada por SERINGTEC, tomó como base el valor medio de: –P50= \$104.744.831.731–, aclarando que “...**no se hubiera incurrido en error alguno, si se hubiera utilizado el valor del techo \$124.511.687.365 pues la base teórica de la metodología da como resultado un rango de precios y no un valor absoluto.** Además, el P50 era el valor más cercano a los otros dos referenciamientos, el piso estaba por debajo de la referencia de mercado, pero el techo demuestra que el proyecto podría costar más.

Pero, en definitiva, considerar el valor correspondiente al costo base P50 es una decisión válida y además fue aceptada por EPM al tener en cuenta el resultado de su propio estudio de precios de mercado y el valor presentado por TICSÁ”.

En lo que respecta al daño patrimonial, estimado por el equipo auditor, los presuntos responsables manifestaron¹⁴: “De lo expuesto queda claro que si bien existe la observación de la Auditoría sobre la inclusión de unos impuestos que no eran aplicables en el estudio de precios que hizo SERINGTEC, tal observación no implica detrimento patrimonial alguno por cuanto lo de SERINGTEC, no era una oferta, ni una propuesta económica, ni una cotización, no era vinculante, sino un simple referenciamiento, un insumo, y dicho referenciamiento daba un margen entre precio piso o mínimo”.

Por otra parte, reposa en el plenario la Guía para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención –adoptada para celebrar contratos o convenios entre miembros del Grupo Empresarial EPM–. De acuerdo con el documento referenciado para la elaboración de acuerdo negociales cuyo valor supere los 200 SMMLV se requiere contar con referentes de mercado, con el objetivo establecer si el valor global propuesto por la empresa del grupo se encuentra dentro de un rango de mercado. Estos referentes, como su nombre lo indica son meros valores de referencias y en consecuencia no pueden considerarse como definitivos. Más aún, cada una de las referencias no constituyen una propuesta oficial y puede estar sujeta a fluctuaciones.¹⁵

¹³ Folio 229 del cuaderno 1

¹⁴ Folio 233 del cuaderno 1

¹⁵ Folio 10 – CD- archivo número 8 del cuaderno 1

Ahora bien, también reposa en dossier el Informe del contrato ampliación Planta de San Fernando¹⁶, celebrado con fundamento en el Acuerdo de Gobierno entre Empresas del Grupo EPM, y en él se estableció en el numeral 4.6, **Precios de las Transacciones de Bienes y Servicios**: “4.6.1 Los precios de las transacciones de Bienes y Servicios contenidas en las Actas de Transacción serán definidas de acuerdo con los precios de mercado” Y se presentó como resultado de la referenciación del mercado la siguiente información:

RESUMEN	TICSA ACTUALIZACIÓN 22-11- 2017	ANÁLISIS DE MERCADO EPM ACTUALIZACIÓN 14-09- 2017	SERINGTEC 17-10-2017
	TOTAL COP	COP	COP
Equipamiento	\$35,611,243.137.50	35,414,940.662	\$36,003,424.709
Instrumentación y control	\$4,569,035.732.32	4,687,895.284	\$5,788,178.706
Obras civil	\$38,238,213,461.44	37,963,234.278	\$35,015,103.305
Obras Eléctrica	\$2,003,488,808.43	2,000,000,000	\$1,079,515,684
Obras Mecánica	\$2,037,485,975.73	2,116,165,420	\$1,841,487,980
Pruebas y Puesta en Marcha	\$345,574,461.29	351,282,851	\$420,000,000.00
Gestión Ambiental y Social	\$1,102,193,789.22	1,120,400,294	\$1,048,000,000
Gasto Financiero	\$1,949,593,461	1,981,798,588	\$1,984,848,000
Seguros y Ranzas	\$1,441,005,191.67	1,464,807,652	\$1,262,202,000
(A) Supervisión y Gestión	\$5,601,452,788.34	5,601,452,788	\$4,925,433,500
(U) Utilidad	\$8,714,178,431.77	8,708,312,703	\$8,498,217,647
Subtotal	\$99,633,460,258.90	\$99,610,280,520.20	\$95,868,421,730.72
COSTOS DIRECTOS	\$93,927,230,366	83,853,908,789	\$81,189,720,584
ADM. + GASTOS FIN. + SEGU. Y PLAN.	\$8,992,051,461	9,048,059,028	\$8,172,483,530
UTILIDAD	\$8,714,178,432	8,708,312,703	\$8,498,217,647
IMPUESTOS	\$4,662,072,377	4,739,083,580	\$8,873,410,000
TOTAL SIN IVA	\$104,285,532,635.92	\$104,349,364,100.38	\$104,741,831,731

Allí se indicó: “En el análisis comparativo se observa que los valores del mercado son muy cercanos, presentando variaciones entre TICSA y los estudios de mercado de 0.05% (Análisis de mercado EPM) y 0.43% (SERINGTEC), indicando que la propuesta presentada, se encuentra en los rangos de mercado y presenta la propuesta más económica. Para efectos de la comparación, los valores en dólares se convirtieron a pesos, aplicando una TRM igual \$3.118”

Se tiene que dicho informe se puede aseverar que el valor presentado por TICSA se encuentra en el rango de mercado, ubicándose en un valor levemente inferior al resultado de los estudios de mercado adelantado por EPM y por la firma externa SERINGTEC, cumpliéndose así con los lineamientos –establecidos en la Guía para la

¹⁶ Folio 10 – CD- archivo número 6 del cuaderno 1

Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención— para determinar el precio en las negociaciones entre los miembros del Grupo Empresarial EPM.

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

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

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

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

Lo importante, en la celebración del Acta de Acuerdo entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad TICSA —filial del Grupo Empresarial— para concluir que no se presentó irregularidad alguna y de contera ningún sobrecosto es que se hubiera cumplido con el deber de hacer un referenciamiento del mercado. Todo ello en sujeción con los lineamientos impuestos en la *Guía para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción e Intervención*, como efectivamente se realizó tal y como quedó acreditado con el material probatorio reseñado anteriormente.

Sobre la importancia de sondear el mercado el Consejo de Estado en Sentencia del 10 de marzo de 2005, de cara a la protección a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público¹⁷, indicó:

"[...] se pretende entonces, que la selección se haga a "...la propuesta más económica, aunque ello no sea sinónimo de la propuesta más barata, sino de la que refleja la mejor relación entre calidad y precio. La administración debe entonces hacer 'las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello' (art. 29)..."¹⁸

Quiere ello decir que si un contrato estatal se celebra con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnere estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, etc., objeto del contrato, no sólo se estará desconociendo el principio de la selección objetiva, por cuanto no se cumple la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, sino que también se vulnerarán los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público¹⁹.

Adicionalmente, sobre este concepto (**sobrecosto o sobreprecio**)²⁰, el máximo Órgano de Cierre en materia contencioso administrativa se ha pronunciado en cuanto a su reprochabilidad en los siguientes términos²¹:

"(...)

Así pues, el sobrecosto o sobreprecio resulta censurable porque no tiene justificación frente a la realidad del mercado y los análisis de las variables que inciden en los costos de los bienes, servicios y obras requeridos por

¹⁷ Consejo de Estado, providencia de 10 de marzo de 2005, Número de Radicado: 25000-23-26-000-2003-01195-01, actor: Juan Carlos Mora Peñuela y Mauricio Izquierdo Arguello, Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁸ Cita es original: BENAVIDES, José Luis; El Contrato Estatal. Universidad Externado de Colombia. 1ª ed., 2002. pg. 279.

¹⁹ Cita es original: "...por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales" Sentencia Sección Cuarta, del 31 de mayo de 2002. Expediente No. 25000-23-24-000-1999-9001-01

²⁰ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha tratado estos dos conceptos sin realizar distinción alguna

²¹ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 25000232600019970392401 (18.293)

la administración y que de concretarse en una adjudicación o contrato se opone a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y por ende, a los fines perseguidos con la contratación pública (Art. 3° ibíd.), dado que representa adquirirlos o pagarlos a precios significativamente superiores a los ofrecidos por otros agentes o distribuidores del mercado, lo cual genera una lesión patrimonial a la entidad, derivada de una gestión contractual irregular que evidencia una omisión en la etapa precontractual, especialmente, en materia de los estudios económicos de la futura contratación.

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

Siendo de esta manera, el estudio de mercado de referencia entregado por TICSA válido, ya que se encuentra en un rango de precios y se ajusta a “precios competitivos en el mercado”²².

Llegado hasta aquí, y del análisis del expediente, esta Instancia Superior advierte que para la suscripción del **Acta de Transacción CT-2013- 002297-A402 –celebrada entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la filial OBRAS CIVILES INMOBILIARIAS S.A. – TICSА COLOMBIA–** se atendió la normatividad contractual

²² Folio 212 del cuaderno 2

interna establecida por EPM, en el Acuerdo de Gobierno de año 2013²³ de conformidad con la Guía Interna para la Celebración de Actas de Interacción, Transacción, e Intervención²⁴; que se cumplió con los requerimientos establecidos de obtener previamente tres (3) referenciamientos para fijar unas condiciones de mercado; y que los valores acordados con TICSA, se encontraba dentro del rango de mercado investigado.

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

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

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

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

El Concepto de daño patrimonial se encuentra establecido en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, al señalar:

²³ Folio 235 a 248 del cuaderno 2

²⁴ Folio 249 a 258 del cuaderno 2

“Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.”

Ahora bien, en cuanto a la **certeza sobre la existencia** de este elemento para el surgimiento de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado, sostuvo²⁵:

“(…) 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.”
(Resaltado fuera texto)

En este mismo sentido, y refiriéndose a la estimación del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional, se pronunció en el siguiente sentido²⁶:

“(…) para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado.” (Resaltado fuera de texto).

²⁵ 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.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-340 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 9 de mayo de 2007.

De manera pues, el daño fiscal **debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable**²⁷, lo que quiere decir que la certeza del daño en materia fiscal es una característica esencial del mismo y **al no estar presente excluye la responsabilidad fiscal**.

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

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

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

De otra parte, el artículo 48 de la misma Ley expresa que el funcionario competente proferirá Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal cuando: 1) Esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados; 2) Estén acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal²⁸ y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000 permite concluir, que si una vez adelantada la labor investigativa por el Ente de Control, se constata que no existen los medios probatorios que acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso (obligatoriamente) a favor de los investigados. Es así que al no evidenciarse un daño patrimonial como elemento **sine qua non** para avanzar en la imputación como lo dispone el artículo 48 de Ley 610 de 2000, necesariamente se impone el archivo del proceso por esta segunda razón.

²⁷ 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.

²⁸ (i) La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) Un daño patrimonial al Estado; y (iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.



Bajo estas consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la Primera Instancia para terminar las presentes diligencias, no queda alternativa diferente que proceder a **CONFIRMAR** el **Auto 095 del 10 de febrero de 2023** por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado **015 DE 2020**.

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

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

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto 095 del 10 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado **015 DE 2020**, por la motivación expuesta en la parte considerativa.

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



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



PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Martín G.

Proyectó: Juan B. - Profesional Especializado



