

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 018 DE 2023

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 030 DE 2020

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia Consultada:	Auto N° 115 del diecisiete (17) de febrero de 2023, por medio del cual se ordenó el archivo del el Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 030 de 2020
Entidad afectada:	EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ - METRO DE MEDELLÍN LTDA., identificada con NIT 890.923.668-1.
Presuntos Responsables:	<ul style="list-style-type: none"> -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 S.A., identificada con NIT 860.026.518-6
Hecho investigado:	<i>"(...) Al revisar la cuenta 5108 – gastos de personal diversos, se evidenció que el Metro de Medellín Ltda., con documento de pago No 9100056704 del 20 de diciembre de 2019, realizó un gasto de \$127.857.040 según facturas FA25030 del 13 de noviembre de 2019 y FA25217 del 14 de noviembre de 2019, por la compra de 1919 asadores al carbón como obsequio de navidad a los servidores públicos y practicantes de la Empresa, contrato 2632C-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:	CIENTO VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUARENTA PESOS M.L. (\$127.857.040)
Temas y subtemas:	Daño patrimonial como presupuesto para configurar la responsabilidad fiscal / Naturaleza y régimen jurídico Empresas Industriales y Comerciales del Estado / Control de legalidad de actos administrativos que se presumen legales / Improcedencia de aplicar las presunciones de culpa y dolo de la Ley 678 de 2001 al proceso de responsabilidad fiscal.
Decisión:	CONFIRMA la decisión consultada. Se ordena devolución del expediente.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor Distrital de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 numeral 5, 272 inciso 5 de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; así como la Resolución 150 de 2021, modificada por la 482 de 2022, del Despacho del Contralor Distrital de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta, la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante Auto 115 del diecisiete (17) de febrero de 2023, de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 030 de 2020.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

Como resultado del proceso de la “Auditoría Regular Resultados Evaluación componente Control Financiero 2019”, adelantado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Movilidad y Servicios de Transporte Público, ésta remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, a través de Memorando 202000003646 del 8 de junio de 2020, el hallazgo con incidencia fiscal No. 1, relatado en el informe definitivo¹de la siguiente manera:

“Hallazgo No. 1 que corresponde a la observación No. 1. Destinación de recursos públicos en la compra de obsequios de navidad para los servidores y prácticantes de la Empresa: el equipo auditor al revisar la cuenta 5108 – gastos de personal diversos, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 27 de noviembre de 2019, realizó un gasto de \$127.857.040 según facturas FA25030 del 13 de noviembre de 2019 y FA25217 del 14 de noviembre de 2019, por la compra de 1919 asadores al carbón como obsequio de navidad a los servidores públicos y prácticantes de la Empresa, contrato 2632C-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 reconocimiento y salario emocional se contempla el desarrollo de programas y actividades diseñadas con el fin de generar reconocimiento, sentido de pertenencia y compromiso, siendo una de estas actividades la definida como “Obsequio Espíritu Metro”; no está permitido que la entidad otorgue obsequios, bajo la premisa de entregar un

¹ Archivo “20200512- INFORME DEF FYF METRO 2019 “carpeta 1.1. SOPORTES HALLAZGO No 1” CD anexos, folio 21.

presente de agradecimiento a los servidores y a su familias por las labores realizadas durante el año; ya que las entidades públicas tiene prohibido 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.

Tampoco es procedente, que a los practicantes de la Empresa se les haga participe del programa de bienestar de la Entidad, ya que según las disposiciones legales vigentes, los programas de bienestar de las entidades públicas tiene como beneficiarios solo a los servidores públicos y sus familiares acreditados, y por tratarse de una actividad formativa, la práctica laboral no constituye relación de trabajo, es decir, los practicantes no tienen la calidad de servidores públicos.

En este sentido, no puede el Metro de Medellín Ltda., mediante Resolución 0169 del 02 de febrero de 2018 y documento DR1217 Versión 3 vigente desde el 10 de mayo de 2019, extender el alcance de los beneficiarios del programa de bienestar y calidad de vida implementado en la Empresa, a los prácticantes del Metro de Medellín Ltda., ya que como se mencionó en el párrafo anterior, los programas de bienestar de las entidades públicas tiene como beneficiarios solo a los servidores públicos y sus familiares acreditados.

Además, es claro que los beneficiarios de los estímulos y programas de bienestar del Metro de Medellín Ltda., son los servidores públicos, ya que el Artículo 26 de la Ley 489 de 1998, el numeral 5 del Artículo 33 de la Ley 734 de 2002, el Decreto 1567 de 1998, que la Empresa cita en el Documento DR1217 Versión 3 vigente desde el 10 de mayo de 2019 y en la Resolución 0169 del 02 de febrero de 2018, como marco legal aplicable para la implementación del programa de bienestar y calidad de vida en la organización, normas que indican expresamente el deber de otorgar estímulos a los servidores públicos, siendo un derecho para los empleados del estado.

Es de anotar, que si bien el Metro de Medellín Ltda., mediante Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016, compilan 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 obsequio de navidad a los servidores públicos y practicantes de la Empresa, 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 austерidad de la Empresa, al no acoger ni adoptar las medidas de austерidad en el gasto público expedidas por el Gobierno Nacional, también por falta de restricción en los beneficiarios del Programa y Calidad de Vida del Metro de Medellín Ltda., según Resolución 0169 del 02 de febrero de 2018 y Documento DR1217 Versión 3 vigente desde el 10 de mayo de 2019 ya que los programas de bienestar de las entidades públicas tiene como beneficiarios solo a los servidores públicos y familiares acreditados; así como 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, 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 \$127.857.040**".

Mientras, en el formato de traslado de hallazgo² remitido como anexo al memorando del 8 de junio de 2020, el equipo auditor, resumió la irregularidad como sigue:

² Archivo "FORMATO TRASLADO HALLAZGO 1 METRO-0000101711" CD anexos folio 21.



3. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL HALLAZGO FISCAL

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

El equipo auditor al revisar la cuenta 5108 – gastos de personal diversos, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., con documento de pago No 9100056704 del 20 de diciembre de 2019, realizó un gasto de \$127.857.040 según facturas FA25030 del 13 de noviembre de 2019 y FA25217 del 14 de noviembre de 2019, por la compra de 1919 asadores al carbón como obsequio de navidad a los servidores públicos y practicantes de la Empresa, contrato 2632C-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 identificaron en el Auto de Apertura de Investigación Fiscal³ del 15 diciembre de 2020, a los señores TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.475.639, en calidad de Gerente General; ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.777.855, en calidad de Gerente de Abastecimiento y Logística; ANDRÉS MIRA URIBE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.550.938, como Gerente Administrativo; y a la señora PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.593.689, en calidad de Jefe del Área de Gestión del Talento Humano.

2.3. ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como entidad afectada se identificó en el Auto de Apertura⁴, 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 – EICE⁵-, identificada con el NIT 890.923.668-1.

2.4. DAÑO PATRIMONIAL Y DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA.

El daño patrimonial ocasionado a la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA, objeto de investigación en el Proceso Radicado 030-2022, se estableció en el Auto de Apertura⁶ en la suma de **CIENTO VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUARENTA PESOS M.L. (\$127.857.040)**.

³ Folios 41 y 42

⁴ Folio 41

⁵https://www.metrodemedellin.gov.co/Portals/1/archivos_metro/leydetransparencia/2019-06-20-ESTATUTOS-METRO-MEDELLIN.pdf?ver=2019-11-18-073128-377.

⁶ Folio 42.

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

En el presente proceso, a través del Auto de Apertura 382 del 15 diciembre de 2020⁷, y Auto de vinculación de compañía aseguradora 482 del 28 de septiembre de 2021⁸, se vinculó como tercero civilmente responsable a la Compañía Aseguradora **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con el NIT 860.026.518-6, con ocasión de la expedición de las pólizas 420188 y 47370 de Responsabilidad Civil Directores y Administradores.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

2.6.1. Por medio de Auto 263 del 19 de octubre de 2020, se comisiona a un abogado, se traslada los papeles de trabajo de la “Auditoría Regular Resultados Evaluación componente Control Financiero 2019”, y se asignó al expediente radicado con el número 030-2020. (Ver folios 2 al 3 cuaderno 1).

2.6.2 Junto con el traslado del hallazgo No. 1 se añaden como papeles de trabajo los siguientes archivos: (Ver folios 15 al 28 cuaderno 1).

- Formato de traslado de hallazgo fiscal F-CF-RF-067. (folios 15 a 20 cuaderno 1).
- CD anexos (folio 21 cuaderno 1).

Conformado por las siguientes carpetas:

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
1.1. SOPORTES HALLAZGO No 1	21/12/2020 11:39 p. m.	Carpetas de archivos	
1.2. SOPORTES ADICIONALES HALLAZGO No.1	4/09/2020 8:22 p. m.	Carpetas de archivos	
202000003646-Traslados hallazgos CAAF. Movilidad	2/09/2020 3:54 p. m.	Microsoft Edge P...	102 KB
FORMATO TRASLADO HALLAZGO 1 METRO-0000101711	4/09/2020 8:14 p. m.	Hoja de cálculo d...	158 KB

- Estudio de mercado AOC N° 002632A (folios 22 al 23 cuaderno 1).
- Aceptación de la oferta. (folios 24 al 25 cuaderno 1).
- Facturas electrónicas de venta de COMERCIALIZADORA SANTANDER S.A.S., por concepto “Asador de carbón barbecue home elements” N° FA25030 del 13 de noviembre de 2019, por valor de \$37.244.443 y FA25217 del 14 de noviembre de 2019 por valor de \$90.612.597. (folios 26 al 27 cuaderno 1).

⁷ Folios 43 a 45 y 46 vto cuaderno 1

⁸ Folios 137-141



- Egreso METRO DE MEDELLÍN LTDA. N° 2019-9100056704 del 20 de diciembre de 2019 por valor de \$127.857.040 a favor de COMERCIALIZADORA SANTANDER SAS. (folio 28 cuaderno 1)

2.6.3. 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 (Ver folios 3 a 13 expediente).

2.6.4. Resolución 392 del 15 de diciembre de 2020, por medio de la cual la Contraloría Distrital de Medellín reanudó los términos en las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal (Ver folios 29 al 37 cuaderno 1).

2.6.5. Auto 382 del 5 de julio de 2022, por medio del cual se ordenó la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 030-2022 (Ver folios 38-47 cuaderno 1).

2.6.4 Respuesta del METRO DE MEDELLÍN LTDA con Radicado de Ingreso a esta Contraloría 202100001767, del 13 de agosto de 2021, a solicitud de información respecto de los vinculados en calidad de presuntos responsables fiscales. Remitida vía correo electrónico el 13 de agosto de 2021. (Ver folios 97-99, cuaderno 1).

2.6.5 Respuesta del METRO DE MEDELLÍN LTDA., con Radicado 202100001771, del 13 de agosto de 2021, a solicitud de pruebas documentales decretadas en el auto de apertura. Remitida vía correo electrónico de la misma fecha (Ver folios 100 a 103-incluye CD cuaderno 1).

2.6.6. Complemento respuesta a solicitud de pruebas documentales del METRO DE MEDELLÍN LTDA, allegando carátulas y clausulados de pólizas de Directores y Administradores 42018 y 47470 vigencias 2019, a 2021. Por medio de correo electrónico del 28 de septiembre de 2021 (Ver folios 121 a 136 cuaderno 1).

2.6.7. Auto 482 del 28 de septiembre de 2021, a través del cual se vinculó al proceso de responsabilidad fiscal, como tercero civilmente responsable a la compañía aseguradora CHUBB Seguros Colombia S.A. en virtud de la Póliza 47370 de Responsabilidad Directores y Administradores (Ver folios 137-143 cuaderno 1).

2.6.8. Versión libre de PAULA ANDREA ROJAS GONZÁLEZ Radicado R202100002903 del 13 diciembre de 2021 (Ver folios 186-182 cuaderno 1).

2.6.10. Versión libre de TOMÁS ANDRÉS ELEJALDE ESCOBAR Radicado 202100002904 del 13 diciembre de 2021 y anexos (Ver folios 183-207 cuaderno 1).

Se destaca la siguiente prueba documental:

-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 197 cuaderno 1).

-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 198 a 200 cuaderno 1).

-Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 del METRO DE MEDELLÍN LTDA. (Folios 201 a 207 cuaderno 1).

2.6.11. Versión libre de ANDRÉS TAMAYO BUSTAMANTE Radicado 202100002905 del 13 diciembre de 2021 (Folios 208 a 210 cuaderno 1).

2.6.12. Versión libre de ANDRÉS MIRA URIBE Radicado 202100002906 del 13 diciembre de 2021 (Folios 211 a 223 cuaderno 1).

2.6.13. Auto 115 del 17 de febrero de 2023, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 030 de 2020 (Folios 227 a 237 cuaderno 1).

2.6.14. Notificación por estado del 20 de febrero de 2023, del Auto 115 del 17 de febrero de 2022, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal 030-2020 (Folios 238 a 239 cuaderno 1).

2.6.15. 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 030-2020 al Despacho del Contralor Distrital de Medellín para surtir el Grado de Consulta (Folio 212 expediente).

2.6.16. Constancia secretarial del Despacho Contralor Distrital de Medellín del 27 de febrero de 2023, en la cual se recibió el Expediente del Proceso Radicado 030-2020 para trámite del Grado de Consulta. (Folio 240 expediente)

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata del **Auto 115 del 17 de febrero de 2013**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con

Radicado 030 de 2020, decisión que estuvo fundamentada en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, toda vez que a su juicio en el caso concreto los hechos investigados dieron lugar a un detrimento patrimonial en desfavor de la entidad afectada. Y por lo tanto, se abstuvo de analizar los restantes dos elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal: conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a quien gestiona fiscal y el nexo causal entre tal conducta y el daño patrimonial.

Los argumentos que soportan tal decisión, admiten la síntesis que a continuación se indica:

La empresa METRO DE MEDELLÍN LTDA. reglamentó mediante Resolución 169 de 2018 el programa de bienestar y calidad de vida, llevándolo a cabo por medio del proceso denominado “calidad de vida”, a través del documento “DR1217 Programa de bienestar y calidad de vida”.

Con base en el marco jurídico institucional señalado, la empresa formuló estudios de mercado, con soporte en el numeral 8.4 “reconocimiento y salario emocional” y en la temática “espíritu metro” del Programa de bienestar y calidad de vida, con el objetivo de celebrar los días especiales para los empleados y servidores de la entidad, adquiriéndose 1.919 de asadores al carbón como obsequio de navidad, con el propósito de incentivar el sentido de pertenencia y generar un ambiente laboral en pro de la empresa u organización.

El Operador Jurídico de Primera, sostuvo que los resultados de la contratación se hicieron con sujeción a la naturaleza jurídica de la entidad, el régimen contractual aplicable, al presupuesto previamente aprobado y a las prerrogativas internas del programa de bienestar, actos administrativos que se presumen legales y por consiguiente de estas circunstancias no era dable predicar la existencia del daño patrimonial advertido por el equipo auditor en la configuración de su hallazgo.

Por otro lado, en la decisión en revisión también se plantea, la aplicabilidad de la culpa grave prevista en el artículo 90 superior y artículo 6 de la Ley 678 de 2001, debido a que en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 no conceptualizó con respecto a la culpa grave en materia de la responsabilidad fiscal configurándose un vacío normativo en el elemento subjetivo.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. COMPETENCIA

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

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

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

4.2. 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 fiscalizador⁹.

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

⁹ Artículo 18 ley 610 de 2000



juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”¹⁰.

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

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

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

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

Conforme a lo expuesto, procede el Despacho a examinar la decisión de archivo del proceso de responsabilidad fiscal, proferida por la Primera Instancia, a fin de

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



establecer si se encuentran acreditados o no, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que le sirvieron de sustento. En caso contrario, se procederá a revocar la decisión sometida a consulta.

Previo a decidir, habrá de tenerse en cuenta 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.

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, de acuerdo a las previsiones de la Constitución, la Ley¹¹, y los pronunciamientos que al respecto han hechos los órganos de cierre en lo Constitucional¹² y en lo Contencioso Administrativo.

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 nexo causal entre los dos elementos anteriores.

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

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente el auto de archivo ante **la ausencia o**

¹¹ Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011 y 1564 de 2012.

¹² Sentencias SU 620 de 1996, 840 de 2001, entre otras.



inexistencia del daño patrimonial en el hecho investigado, esta superioridad de Grado de Consulta tendrá como problema jurídico principal, verificar si efectivamente las pruebas recaudadas que reposan en el plenario, permiten inferir razonablemente la inexistencia del daño patrimonial investigado, como causal de archivo del proceso, como lo dispone el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, en cuyo caso habría lugar a confirmar la decisión, o contrario sensu, lo procedente sería revocar o modificar la decisión de primera instancia, para que se continúe con el trámite de la actuación y la evacuación de las pruebas que resulten pertinentes, conducentes y útiles para que posteriormente decida el asunto objeto del proceso en lo que en derecho corresponda.

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO - ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

4.4.1. Régimen jurídico de la entidad afectada Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá –Metro de Medellín Ltda.–

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se encuentran definidas en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, así:

"[...] 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 [...]."*

Por su parte, el Consejo de Estado¹³ condensó las características de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de la siguiente manera:

"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 autorizados por ésta.*
- 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.*

¹³ 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



- *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.*

Ahora, en cuanto al régimen jurídico aplicable a este tipo de Entidades, la aludida corporación de cierre en lo contencioso administrativo¹⁴, señaló:

“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 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 luego agregó:

“En tal sentido, la norma antes indicada –Ley 1150 de 2007-, en su artículo 14, dispone que las EICE no se encuentran sujetas 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”

Adicionalmente, el artículo 90 de la Ley 489 de 1998, refiriéndose a las funciones de las Juntas Directivas de las EICE, entre otras, le asignó a este Órgano de Gestión las siguientes:

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, -Sección Tercera. 19 marzo de 2021. Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SACHICA MÉNDEZ. Radicación: 76001-23-31-000-2004-05155-01(51363)

“ARTICULO 90. FUNCIONES DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Corresponde a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado:

Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de Planeación y a la Ley Orgánica del Presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, al Plan Nacional de Desarrollo;

*...
d) Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada”.*

En concordancia con lo expuesto la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ –METRO DE MEDELLÍN LTDA.–¹⁵ fue constituida mediante la Escritura Pública 1020 del 31 de mayo de 1979, de la Notaría Novena del Círculo de Medellín, como una sociedad entre entidades de derecho público¹⁶, en consecuencia su capital es 100% de naturaleza pública –50% *Distrito de Medellín* y 50% *Gobernación de Antioquia*¹⁷–, se encuentra sometida al Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, bajo la figura de sociedad de responsabilidad limitada –Parágrafo 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998– y está adscrita al orden municipal.

En el plano contractual, de la lectura de la cláusula tercera del capítulo segundo de los estatutos de la Entidad, se colige el ámbito en el cual desarrolla sus actividades, que consiste básicamente en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros; para cuyo cumplimiento le otorga en el parágrafo de ese precepto, las facultades para contratar y ejecutar todos los actos que requiera tendientes al logro de su finalidad, en los siguientes términos:

¹⁵ Tomado de <https://www.metrodemedellin.gov.co/hubfs/quienes-somos/estatutos-metro-de-medellin-reformados-2023.pdf>

¹⁶ Autorizados por la Ordenanza 42 del 30 de noviembre de 1977, y el Acuerdo 31 de 1977.

¹⁷ 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 MEDELLÍN, 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”

"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."*

Es así, como dando cumplimiento a sus propios estatutos, que se erigen como su principal normativa y guía para sus actuaciones; en desarrollo de los atributos de autonomía administrativa y capital independiente –a pesar de ser público–; y atendiendo a su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial de Estado, que realiza una actividad comercial en competencia con el sector privado y público; que la Junta Directiva, adoptó a través de la Resolución 151 del 29 de marzo de 2017 el Manual de Contratación¹⁸ de la entidad, del que se resalta de la parte motiva:

- i) Se sustenta en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007¹⁹, así como las Leyes 105 de 1993²⁰, 336 de 1996²¹ y 1682 de 2013²².
- ii) La empresa como EICE requiere alcanzar rendimientos económicos que garanticen su sostenibilidad, permanencia y crecimiento, al tiempo que se generen beneficios para la población donde presta sus servicios, en el marco de la libre competencia de mercados con las demás empresas de sector público y privado.
- iii) La Empresa como EICE, desarrolla su actividad en el marco de la libre competencia de mercados con las demás empresas de sector público y privado. Por tanto, la garantía de la prestación del servicio público esencial de transporte, 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.
- iv) La adopción de esas políticas generales propenden por la eficiencia de la gestión contractual de la Entidad, permitiéndole responder oportunamente a las situaciones propias de las operaciones.

En tanto, que en la parte resolutiva del Manual, definió en el artículo sexto, los principios aplicables a la contratación de la Entidad, indicando que en aplicación de

¹⁸ Tomado de <https://www.metrodemedellin.gov.co/al-dia/noticias/manual-de-contratacion>

¹⁹ Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011.

²⁰ 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."

²¹ Ley 336 de 1996 - Estatuto General de Transporte.

²² Ley 1682 de 2013 "Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias."

los artículos 209 de la Constitución Política y 13 de la Ley 1150 de 2007, se aplicarán como principios, entre otros: 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.

Más adelante, como modalidades de selección de oferentes y/o contratistas, consagró en el artículo 14, la 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 asadores para funcionarios y practicantes en el marco de la celebración del “Espíritu METRO” 2019, como ya se acreditó.

Con relación al régimen administrativo y laboral, la cláusula vigésima de los Estatutos, preceptúa:

“- 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.”

4.4.2. Caso concreto

Se trae a colación el reproche fiscal originado en la compra de asadores para los funcionarios y practicantes del METRO DE MEDELLÍN LTDA. en el marco de la celebración del “espíritu Metro” de 2019, en los términos planteados por el equipo auditor de la CAAF Movilidad y Servicios de Transporte público, esto es a la luz de las normas de austeridad en el gasto público, pues se indicó que con esto se ocasionó un detrimento patrimonial a la Entidad, por la falta de soporte o justificación legal válida para esa adquisición, debido a las *“falencias de la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016 al no acoger ni adoptar las medidas de austeridad en el gasto público expedidas por el Gobierno Nacional”*.

De igual manera, se hace necesario reseñar los actos administrativos de la entidad, sobre los cuales se cimentó la irregularidad fiscal a voces del equipo auditor, esto es, la Resolución por medio de la cual se adoptaron medidas de austeridad en el gasto – *Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016*–; aquella a través de la cual se reglamentó el programa de bienestar y calidad de vida –*Resolución 169 del 2 de febrero de 2018*–; así como el programa de Bienestar y Calidad de Vida –*DR 1217*–, veamos:



- **Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016²³** “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.

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

RESOLUCIÓN No. 8895 DE 2016
(26 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, accesorialmente, la realización de actividades mercantiles conexas a dicho objeto. Esto 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 resolutiva, 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.

²³ Archivo “20160926-RESOLUCIÓN 8895 AUSTERIDAD METRO” subcarpeta “1.1. SOPORTES HALLAZGO No 1” CD anexos folio 21.



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 atinnes.

- **Resolución 169 del 2 de febrero de 2018²⁴ "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.**

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

RESOLUCION No. 0 1 6 9 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 resolutiva, esto:

²⁴ Folio 197 expediente y archivo "20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – folio 21 expediente.



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.

- **Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA²⁵.**

Siendo importante mostrar lo siguiente:

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.

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

²⁵ Folios 201 a 207 expediente y Archivo "20190510-DR1217_Programa_Bienestar_y_Calidad_de_Vida" subcarpeta "4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7" CD anexos – folio 21 expediente.



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 “Reconocimiento y salario emocional”

Reconocimiento y salario emocional: Contempla programas y actividades diseñadas con el fin de generar reconocimiento, sentido de pertenencia y compromiso. Tienen como finalidad reconocer al personal que realiza acciones diferenciadoras en la Empresa, pertenece a grupos especiales o cumple con un rol adicional en la Empresa o en la sociedad. De igual manera establece acciones o programas encaminados a generar un mayor balance entre la vida y el trabajo.

Más adelante, desarrolla el contenido del programa, donde el área de intervención “Reconocimiento y salario emocional” incluye dentro de sus temáticas, entre otros el “obsequio Espíritu Metro”, en el literal (d):

- a. Disfrute de vacaciones en dos momentos
- b. Espíritu Metro
- c. Celebración de fechas especiales
- d. **Obsequio espíritu Metro:** Corresponde a un presente de agradecimiento a los Servidores y a sus familias por las labores realizadas durante el año. Se entrega en el mes de diciembre conmemorando el aniversario del servicio comercial y la llegada de la Navidad.”

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.

Dentro del contexto fáctico y jurídico ampliamente expuesto, se constata que la EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRÁ, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado –EICE–, y en razón a ello, en la aplicación de los

sistemas de control fiscal al momento de desarrollar el ejercicio auditor, por parte de esta Contraloría Distrital, debe tenerse en cuenta el principio de especialización técnica de que trata el Literal J. del Artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020²⁶, en el sentido que éste debe hacerse de una manera razonable y de acuerdo a la naturaleza del sujeto de control.

Ahora, descendiendo al caso concreto, se hace necesario en primera medida recordar que el hallazgo fiscal fue sustentado por el equipo auditor en la vulneración de las normas de austeridad con ocasión de la adquisición de asadores para servidores y practicantes del METRO DE MEDELLÍN LTDA. como obsequio “espíritu metro de 2019”. Específicamente se indicó que esa compra se realizó 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. Ello debido a las falencias de 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 falta de restricción en los beneficiarios del Programa y Calidad de Vida del Metro de Medellín Ltda. Es decir, se advierte, que en la regulación adoptada por el Metro de Medellín Ltda., no se encuentra la prohibición de tales actividades cuestionadas y señaladas como hallazgos con presunta incidencia fiscal.

Así las cosas, el hallazgo fue descrito de la siguiente manera:

“Hallazgo No. 1 que corresponde a la observación No. 1. Destinación de recursos públicos en la compra de obsequios de navidad para los servidores y practicantes de la Empresa: el equipo auditor al revisar la cuenta 5108 – gastos de personal diversos, evidenció que el Metro de Medellín Ltda., el 27 de noviembre de 2019, realizó un gasto de \$127.857.040 según facturas FA25030 del 13 de noviembre de 2019 y FA25217 del 14 de noviembre de 2019, por la compra de 1919 asadores al carbón como obsequio de navidad a los servidores públicos y practicantes de la Empresa, contrato 2632C-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, compilan y adopta medidas de austeridad en la Empresa, en esta resolución no se mencionan ni se adoptan medidas similares a las expedidas a

²⁶ **“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.”



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.

...

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 obsequio de navidad a los servidores públicos y practicantes de la Empresa, 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, ... así como 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, 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 \$127.857.040.**"*

De la lectura de la Resolución en comento, concatenado con la naturaleza y régimen jurídico aplicable al METRO DE MEDELLÍN LTDA., como Empresa Industrial y Comercial del Estado, de su autonomía administrativa para darse su propia organización, esta instancia concluye que no resulta de recibo la configuración del hallazgo con presunta incidencia fiscal, en tanto el cuestionamiento del equipo auditor es que en 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, referentes 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.

Así las cosas, se extrae de la redacción del hallazgo fiscal Resolución adoptada para austeridad del gasto en el Metro de Medellín Ltda. no trae las disposiciones prohibitivas que le sirvió como criterio para levantar el hallazgo con incidencia fiscal, en consecuencia ante la falta de criterio –*Deber ser*²⁷ de comparación, ningún hallazgo fiscal con incidencia fiscal podría haberse pregonado.

En contraste con lo anterior, nótese que de la descripción del hallazgo, lo que se observa es que el equipo auditor lo que realiza es un juicio de legalidad, al cuestionar que la Resolución de austeridad del METRO DE MEDELLÍN LTDA. no se funda en las normas superiores en que debía sustentarse. Cuestión que no puede servir de criterio por cuanto estariamos nuevamente en lo razonado anteriormente, respecto a que tal proceder resulta un reproche de legalidad de la resolución que adoptó las medidas de austeridad en el gasto e implica un desconocimiento de la presunción de legalidad que acompaña como atributo a los actos administrativos.

En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera, Subsección B²⁸ en Sentencia del 19 de mayo de 2022, señaló frente a la presunción de legalidad de los actos administrativos de que trata el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011:

“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”²⁹.

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.

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:

²⁷ “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

²⁸ 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

²⁹ 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.



“Cuando 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 occasionó 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 2011³⁰, vigente para la época con el fin de demandar su legalidad ante la autoridad jurisdiccional competente.

De consumo 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.

En relación con la falta de deber ser o soporte para cimentar el reproche fiscal, específicamente en materia de austeridad del gasto, el Consejo de Estado³¹, consideró que:

"(...) el supuesto normativo del artículo 15 del Decreto 126 de 1996, en el que insta a que las entidades territoriales adopten medidas de austeridad en el gasto público similares a las del orden nacional, tiene como razón de ser el reconocimiento por el respeto de la autonomía por la descentralización administrativa que pregonó el artículo 287 de la Constitución Política, transcrita en precedencia.

La Sala no encontró acreditado en el expediente, que en el municipio de Albania en el Departamento del Caquetá, la primera autoridad administrativa hubiera expedido decreto que le diera alcance y cumplimiento a la orden impartida en el artículo 15 del Decreto 126 de 1996, replicando a nivel territorial las medidas de austeridad en el gasto público en los términos en que fue concebida por el acto a nivel nacional.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala observa que se equivocó la Contraloría General del Caquetá al haber fincado el fallo con responsabilidad fiscal en contra del ex alcalde del municipio de Albania, con

³⁰ 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.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 18001-23-31-000-2000-00278-01 Actor: MANUEL IGNACIO ARAGÓN CARVAJAL, Demandado: AUTORIDADES DEPARTAMENTALES - CONTRALORÍA GENERAL DEL CAQUETÁ. Referencia: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR APLICACIÓN INDEBIDA DEL DECRETO 126 DE 1996 A NIVEL TERRITORIAL

fundamento en la violación de las normas del Decreto 126 de 1996 siendo que este acto administrativo tiene aplicación restringida para las entidades del orden nacional y no para las del nivel territorial como en este caso aconteció, al haberle reprochado las conductas irregulares en su condición de ex alcalde del municipio de Albania.

Y es que no se puede pasar por alto, que a pesar de que la declaración de responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio mas no sancionatorio, lo cierto es que en toda actuación administrativa las autoridades, en este caso el ente de control departamental, estaba sometido al respeto por el principio de legalidad pero no lo hizo, al haber fundado el fallo en la violación de una legislación que no le era aplicable al mandatario local.”

Acerca del principio de legalidad de la infracción administrativa o fiscal resulta aplicable el pronunciamiento del Consejo de Estado en el que indicó:

“En desarrollo del principio de legalidad, toda medida punitiva estatal en lo sustancial o material requiere norma jurídica preexistente que tipifique o lo dé carácter de reprobable a la conducta o hecho por la cual se persiga aplicar una medida de esa clase, y que fije la medida punitiva o sanción a imponer en el caso concreto. No hay falta administrativa sin norma que la establezca y que señale su sanción”³²(subrayas nuestras)

Por otro lado, y siguiendo el esquema planteado por la Primera Instancia en la providencia consultada, que denominó como “cumplimiento de los actos propios que en la actualidad gozan de legalidad”, en el cual desarrolló un análisis respecto a los actos administrativos conforme a los cuales se realizó la adquisición de los asadores “obsequio espíritu Metro” en el año 2019 reprochada, para esta superioridad jerárquica, el análisis de la incidencia fiscal de esa compra, y si con ella se causó o no un detimento al erario de la Entidad, debía efectuarse a la luz de los actos administrativos, que sirvieron de soporte a la misma. Estos eran el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 del METRO DE MEDELLÍN LTDA., y la Resolución 169 de 2018³³ por medio de la cual fue reglamentado.

³² Sentencia del 11 de junio de 2009. Radicado 25000232400020050014801. M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

³³ 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.

Es así, como 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.*”³⁴, 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 inciden positivamente en ellos, en el clima organizacional, arraigo y en la fidelización laboral, la motivación para el trabajo, 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 la 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 asadores como obsequio espíritu Metro. 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 sobre pasó el presupuesto oficial, y se cumplió con la modalidad de selección del contratista.

Aunado a lo anterior, el Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR1217 de la Entidad METRO DE MEDELLÍN LTDA.³⁵, 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. Teniendo en esta última, consagrado en el “*obsequio espíritu Metro*”

Y fue en el marco de la realización de esa actividad de la referida línea que se adquirieron los asadores; 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.

³⁴ Folio 199 expediente y archivo “20180218-RESOLUCION 169 BIENESTAR” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos – folio 27 expediente

³⁵ (archivo “20190510-DR1217_Programa_Bienestar_y_Calidad_de_Vida” subcarpeta “4.1 SOPORTES HALLAZGO No 7” CD anexos – folio 27 expediente)





Nótese como, el eje fundamental de la irregularidad con incidencia fiscal detectada por el equipo auditor, que causó daño patrimonial a la Entidad encuentra su génesis 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 en caso de hallarlos contrarios las normas superiores en que se debían fundar.

Y es que ha quedado 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 cuyo cuestionamiento puede ser atacada vía medio de control de nulidad –artículo 137 del CPACA–.

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 intereses 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 47³⁶ 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, está 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

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



para el caso concreto por cuanto la adquisición de asadores para funcionarios y practicantes en el marco de la actividad “obsequio espíritu metro 2019” se hizo en el marco del Programa de Bienestar y Calidad de Vida DR 1217 del Metro de Medellín Ltda. y la Resolución 169 de 2018, programa y resolución que ampararon las erogaciones cuestionadas.

A pesar de lo expresado este Despacho sí advierte que en la Resolución 8895 del 26 de septiembre de 2016, a través de la cual compilan y adoptan medidas de austeridad del gasto en el Metro de Medellín Ltda., se presenta un déficit de protección del patrimonio público en tanto se dejan por fuera de las prohibiciones algunos situaciones que podrían constituir una afectación o despilfarro de los recursos públicos como los señalados por el equipo auditor en su hallazgo fiscal. Olvidándose en la misma que el artículo 2.8.4.1.2.³⁷ del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público – Decreto 1068 de 2015 – impone a la entidades territoriales la obligación de adoptar medidas equivalentes al establecidas a nivel de la administración central. Esta circunstancia genera situaciones poco claras en los programas que se adelantan en la entidad como las cuestionadas por el Equipo Auditor.

Ahora, en virtud de lo anterior, de conformidad con el artículo 269 de la Constitución Política y el artículo 149 del Decreto Ley 403 de 2020³⁸, y con el propósito de prevenir un eventual daño al patrimonio del Metro de Medellín Ltda., se correrá traslado de copia de la presente providencia a la Oficina de Control Interno Administrativo de la entidad afectada o a quien haga sus veces para que realice la verificación de las acciones y tratamiento que se dio al hallazgo administrativo generado en su momento por estos hechos –Auditoría Regular, componente control financiero, vigencia 2019–.

De igual manera, se remitirá copia de la providencia al Gerente de la empresa Metro de Medellín Ltda, en tanto representa la entidad señalada como afectada, para lo de su competencia.

Termina este Despacho precisando que las presunciones de culpa y dolo previstas en la Ley 678 de 2001, referidas en la providencia objeto de consulta no resultan de recibo por cuanto el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 dispuso de las presunciones de dolo y culpa grave, específicamente, para el régimen del proceso de responsabilidad fiscal y por lo tanto está es la fuente normativa para la determinación del elemento subjetivo en los

³⁷ 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. D. 1068 de 2015.

³⁸ Artículo 149. ORGANIZACIÓN DEL CONTROL INTERNO. *De conformidad con el artículo 209 (sic) de la Constitución Política todas la entidades del Estado deberán implementar un sistema de control interno encargado de proteger los recursos de la organización, y contar con una dependencia responsable de medir y evaluar la eficiencia y eficacia del sistema y la efectividad de los controles de forma permanente.* Decreto Ley 403 de 2020. Negrilla fuera de texto.

procesos de responsabilidad fiscal a título de presunción de dolo o culpa grave. Norma cuyo tenor literal expresa:

"ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

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

- a) *Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*
- 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;*
- c) *Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;*
- d) *Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*
- e) *Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales".*

De otro lado, el artículo 66 de la Ley 610³⁹ de 2000 no remite como fuente normativa supletoria la Ley 678 de 2000.

³⁹ **"ARTÍCULO 66. REMISIÓN A OTRAS FUENTES NORMATIVAS.** En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal." Ley 610 de 2000.



En el sentido explicado, las presunciones de culpa y dolo únicamente pueden ser interpretadas dentro del ámbito de regulación que para el efecto hayan sido establecidas en la respectiva Ley que las haya creado; en otras palabras, no es posible trasladar o extender su aplicación a regímenes diferentes al objeto de la norma legal que las creó, habida cuenta que se trata de una competencia reservada al Congreso de la República y que en cada caso responde a procesos de razonamiento y experiencia específicos; admitir lo contrario, conllevaría a propiciar un escenario de inseguridad jurídica que rompería los principios de legalidad y del debido proceso propios del Estado Social de Derecho.

Bajo estas consideraciones, se procederá a **CONFIRMAR** el **Auto 115 del 17 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 030 de 2020**, 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 **Contralor Distrital de Medellín**,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 115 del 17 de febrero de 2023**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 030 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: TRASLADO. Enviar una copia de esta decisión a la Oficina de Control Interno Administrativo del Metro de Medellín Ltda. o a quien haga sus veces de conformidad con el artículo 269 de la Constitución Política y el artículo 149 del Decreto Ley 403 de 2020, con el propósito de precaver un eventual daño al patrimonio del Metro de Medellín Ltda., para que realice la verificación de las acciones y tratamiento que se dio al hallazgo administrativo generado en su momentos por estos hechos –*Auditoría Regular, componente control financiero, vigencia 2019*–.

E igualmente, remítase copia de la providencia al Gerente de la empresa Metro de Medellín Ltda, en tanto representa la entidad señalada como afectada, para lo de su competencia.

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

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE


PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo – Jefe Oficina Asesora de Jurídica
Proyectó: Elizabeth Montoya - Profesional Universitario II 

