

## DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 002 DE 2024

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL  
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 096 DE  
2019**

Medellín, tres (3) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| <b>Providencia Consultada:</b> | Fallo Sin Responsabilidad Fiscal, como consta actas 006 <sup>1</sup>  |
| <b>Entidad Afectada:</b>       | UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. NIT: 9000092385-9   |
| <b>Presuntos Responsables:</b> | ERWIN ROBERTO DURCAN BORJA, identificado con cédula 72.253.332.<br>LUIS FERNANDO MONTILLA TRESPALACIOS, identificado con cédula 79.448.736.<br>DIANA ANGELICA MÉNDEZ PINEDA, identificada con cédula 52.070.153   |
| <b>Garantes Vinculados:</b>    | CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., en virtud de la póliza 38766.  |
| <b>Hecho Investigado:</b>      | <p>En el proceso contractual CT-01689 se detectó un error de cálculo en la sumatoria de los porcentajes de la evaluación económica y técnica otorgada en el informe de recomendación de adjudicación, con respecto a los oferentes Eltek Colombia S.A.S., y Tecnoenergía Colombia Ltda.</p> <p>En el informe de recomendación se plasmó que la calificación para Eltek era de <b>96.27%</b> y para Tecnoenergía el puntaje obtenido era de <b>97.26%</b>.</p> <p>No obstante, en la revisión de auditoría los resultados obtenidos fueron para Eltek un <b>96.82%</b> y para Tecnoenergía un <b>94.72%</b>.</p> |
| <b>Cuantía:</b>                | TRESCIENTOS DIECISÉIS MILLONES, CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO MIL, QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON CINCUENTA Y SIETE. M.L (\$316.471.554,57) valor sin indexar.   |
| <b>Procedimiento:</b>          | VERBAL  |

<sup>1</sup> Folios 278 a 290, cuaderno 2.



|                    |   |   |
|--------------------|---|---|
| Temas<br>subtemas: | y | Elementos de la Responsabilidad Fiscal: Daño Patrimonial  |
| Decisión:          |   | <b>CONFIRMA LA DECISIÓN CONSULTADA.</b> Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia. |

## I. COMPETENCIA

El Contralor Distrital de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267 y 268, numeral 5º de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, y 1474 de 2011; los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018; y la Resolución 150 de 2021, modificada por la Resolución 482 de 2022, expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín; procede a conocer en Grado de Consulta el fallo sin Responsabilidad Fiscal de 11 de diciembre de 2023 proferido dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal con radicado 096 de 2019<sup>2</sup>, adoptado por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción en Audiencia de Decisión.

En este orden de ideas, 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.

## II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

### 2.1. HECHO INVESTIGADO

Por medio de Memorando con Radicado 1107-201900009159 del 17 de octubre de 2019, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Tele comunicaciones, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante formato con el código F-CF-RF-067 el hallazgo fiscal configurado por la adjudicación de un contrato a la oferta más costosa, por medio del cual el equipo auditor describió el hecho irregular, así:

*"(...) En la revisión de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente el contrato 421000833, firmado el 18 abril de 2017, entre Une EPM Telecomunicaciones S.A y Tecnoenergía Colombia Ltda., y cuyo objeto contractual es "suministro de equipos eléctricos como baterías, UPS, inversores, rectificadores, moto-generadores, dispositivos de protección de sobre voltajes (DPS) y servicios de instalación y mantenimiento Postventa para los sitios de la red de la compañía a nivel nacional", se evidenció que para el proceso CT-01689 Baterías AC, BC, y IÓN LI se presentaron diez oferentes y después de realizar la evaluación*

<sup>2</sup> Folios 254 a 278, cuaderno 2.



de acuerdo a las ofertas presentadas, los dos proveedores mejor puntuados fueron Eltek Colombia S.A.S y Tecnoenergía Colombia Ltda., quienes después de la negociación, cotizaron las baterías requeridas por la compañía por un valor en USD928.402,82 y USD972.014,38 respectivamente; de acuerdo a los términos y condiciones de invitación, se elaboró el informe de recomendación donde se sugirió adjudicar el contrato a la empresa Tecnoenergía Colombia Ltda. (...)

Matriz de evaluación fue definida de la siguiente manera: Económico el 70% y 30% la evaluación técnica, según explicación enviada por la compañía:

"CT-01689 BATERÍAS: AC/BC/ION Li Explicación Adjudicación. Debido a la solicitud realizada por la contraloría el 20 de junio del 2018, se detectó un error en la adjudicación del proceso de compras CT-01689 para baterías AC/BC/ION Li.

En el informe de recomendación se empleó, como base de la información, las evaluaciones técnica y económica previamente realizadas por el área requirente y por el área de compras respectivamente. Se definió una matriz de evaluación que consideraba un peso de 70% para la evaluación económica y 30% de peso para la evaluación técnica para definir al proveedor que se seleccionaría.

Los valores de las calificaciones resultantes fueron organizados de mayor a menor, pero al parecer, el resultado no se recalcó de forma correcta, de tal manera que, al copiar la información en el formato Word, los datos no correspondieron al cálculo real y generó como resultado la recomendación de adjudicar a Tecnoenergía.

Esto no fue detectado en la revisión del informe realizado por el equipo del área requirente y por la dirección de compras técnicas por lo que se aprobó el informe con el único comentario de aclarar en el contrato que su vigencia sería de tres (3) años con negociación de precios anuales.

Teniendo en cuenta el resultado ponderado de la evaluación económica y técnica de la Entidad, el equipo auditor detectó que, en la sumatoria de los porcentajes, se erró en el cálculo, siendo más alta la calificación otorgada a Eltek Colombia S.A.S., con un total de 96,82% y no 96,27% como se plasmó en dicho informe, sin embargo, se adjudicó a Tecnoenergía Colombia Ltda., quien obtuvo un puntaje de 94,72% y no 97,26% como aparece en el proceso de adjudicación, según se prueba a continuación:

| Cálculo Evaluación Ponderada de adjudicación |               |             |
|--|---------------|-------------|
|  | ELTECK        |             |
|  | Económico 70% | Técnico 30% |
| AC   | 100           | 87,55       |
| BC   | 100           | 80,68       |
| ION II                                       | 100           | 100         |
| sumatoria                                    | 100           | 89,41       |
| Resultado ponderado                          | 70            | 26,82       |
| TECNOENERGIA                                 |               |             |
| AC   | 99,01         | 93,2        |
| BC   | 92,07         | 91,86       |
| ION II                                       | 93,52         | 98,05       |
| sumatoria                                    | 94,87         | 94,37       |
| Resultado ponderado                          | 66,41         | 28,31       |
|  |               | 94,72       |

*Lo antes expuesto va en contravía de lo contemplado en el numeral 2.3 “Criterios de Evaluación” de las condiciones de invitación del proceso CT-01689 que reza:*

*“La evaluación de la oferta y la selección del Contratista se hará dando aplicación a los principios de objetividad, autonomía, independencia, economía y transparencia.*

*La oferta podrá ser evaluada teniendo en cuenta los siguientes factores:*

*i) Relativos al oferente: tamaño de la empresa, experiencia, reputación, capacidad técnica, capacidad financiera, conflicto de interés, inhabilidades e incompatibilidades, vinculación previa con la Compañía.*

*ii) Relativos al Bien o Servicio: calidad de los bienes o servicios, garantías ofrecidas, disponibilidad, reputación de la marca.*

*iii) Relativos a la oferta: adecuación a las necesidades de La compañía (Matrices de Evaluación Técnica, aceptación punto a punto de los requerimientos mencionados en los documentos que conforman la presente invitación), precio, forma de pago y plazos de entrega”.*

*En consecuencia, se evidencia una violación a los principios consagrados en el artículo 8 de la Ley 42 de 19993 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007; en lo concerniente al principio de economía el cual establece “que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo”.*

*Lo anterior obedece a deficiencias en los controles establecidos en el proceso de “gestionar compras” en lo relacionado con la revisión del informe de evaluación de ofertas; hecho que generó un posible detrimento patrimonial por valor de \$316.471.554,57 resultado de la adjudicación del contrato a Tecnoenergía Colombia Ltda., cuya oferta era más costosa.*

*En la cuantificación del presunto daño se tuvo en cuenta los precios unitarios presentados por los proveedores en mención y las cantidades adquiridas, con la TRM pactada en la liquidación de las facturas y se determinó la diferencia del costo entre los dos oferentes (...)*

## 2.2 PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales se identificaron en el Auto de Apertura e imputación<sup>3</sup> a: ERWIN ROBERTO DURCAN BORJA, identificado con cédula 72.253.332; LUIS FERNANDO MONTILLA TRESPALACIOS, identificado con cédula 79.448.736 y DIANA ANGELICA MÉNDEZ PINEDA, identificada con cédula 52.070.153.

## 2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

<sup>3</sup> Folios 8 a 19 cuaderno 1.

Como Entidad Estatal afectada se identificó a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., identificado con NIT: 9000092385-9, es una sociedad de economía mixta mayoritariamente pública, organizada bajo la forma de una sociedad anónima.

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

La cuantía del daño patrimonial se determinó en el Auto de Apertura e Imputación N°892 del 5 de diciembre de 2019 (Ver folios 12 a 13), en la suma de TRESCIENTOS DIECISEÍS MILLONES, CUATROCIENTOS SETENTA Y UNO MIL, QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON CINCUENTA Y SIETE. M.L (\$316.471.554,57) valor sin indexar.

## **2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**

A la presente investigación, en calidad de tercero civilmente responsable, fue vinculada la compañía de seguros: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 860.026.518-6, en virtud de la póliza Nro. 38766.

## **2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA**

**2.6.1.** Por medio de Por medio de Memorando con Radicado 1107-201900009159 del 17 de octubre de 2019, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecommunicaciones, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante formato con el código F-CF-RF-067 el hallazgo fiscal configurado por la adjudicación de un contrato a la oferta más costosa y se aportaron anexos (Ver folios 2 a 7).

**2.6.2.** Mediante Auto 892 del 5 de diciembre de 2019, se ordenó iniciar Apertura e Imputación de proceso de Responsabilidad Fiscal Verbal Radicado 096 de 2019, con relación al hecho irregular asociado adjudicación de un contrato a la oferta más costosa, vulnerando el principio de economía, lo que llevó a generar un daño patrimonial. (Folios 8 a 19).

**2.6.3.** El 31 de julio de 2023 mediante acta 020 se instaló Audiencia de descargos. La apoderada del Señor Luis Fernando Montilla Trespalacios solicitó práctica de pruebas documentales y recepción de testimonios lo mismo solicitó el apoderado del Señor Erwin Roberto Duncan Borja, los descargos se presentaron en escrito y

reposan en el expediente en los folios 122 a 140 y 158 a 200 igualmente se aportaron documentos para valoración probatoria (folios 240 a 246); El día 13 de agosto de 2023 se dio continuación de la audiencia de descargos véase acta 023, se practicaron pruebas testimoniales (folios 203 a 220); De igual manera el 18 de agosto de 2023 se reinició audiencia de descargos, sin embargo se suspendió la audiencia de descargos, reanudándose el 1 de noviembre de 2023, se culminó la práctica probatoria y se dio por cerrada la etapa procesal aludida (Folios 251 a 253).

**2.6.4.** El día 1 de noviembre de la misma anualidad se instaló Audiencia de Decisión arrimando al plenario los alegatos de conclusión de los investigados (folios 256 a 277) y el 11 de diciembre de 2023 se dio lectura de la decisión, resolviendo pronunciar fallo sin responsabilidad fiscal a favor de ERWIN ROBERTO DURCAN BORJA, identificado con cédula 72.253.332; LUIS FERNANDO MONTILLA TRESPALACIOS, identificado con cédula 79.448.736 y DIANA ANGELICA MÉNDEZ PINEDA, identificada con cédula 52.070.153.

En consecuencia de la decisión anterior, se desvinculó a la compañía de seguros: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 860.026.518-6, en virtud de la póliza Nro. 38766, en calidad de tercero civilmente responsable. (Folios 278 a 290)

**2.6.5.** Mediante Memorando 1200-202300012620 del 13 de diciembre de 2023, se remite expediente con Radicado 096 de 2019 al Contralor Distrital de Medellín para que surta Grado de Consulta (Ver folio 292).

### III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata de la Audiencia de Decisión del 11 de diciembre de 2023, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva DECLARÓ FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 096 de 2019**, decisión que estuvo fundamentada en la no acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal del artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

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

Respecto al daño patrimonial la primera instancia, consideró:

"(...) Es menester volver a lo que comprendemos, de acuerdo a lo expresado por las altas cortes frente al daño patrimonial al Estado, al disponer:

*"En el artículo 6°, que contiene las expresiones demandadas, la ley incluyó una definición de daño patrimonial al Estado, que puede descomponerse así:*

a. *En primer lugar la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo. De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una "lesión del patrimonio público", sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de "lesión" para precisar el concepto general de "daño" lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.*

(...) al proceso, fueron allegadas las facturas, con las cantidades y precios unitarios, pagadas al contratista TECNOENERGÍA COLOMBIA LTDA., las cuales se encuentran referenciadas en los respectivos documentos de pago emitidos por UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., contenidos en archivos digitales en CD-ROM, visible a folio 7 del expediente, guardados en carpetas denominadas "Reporte de pagos 2017 y Reporte de pagos 2018"

Así las cosas, y para cerrar este acápite relacionado con la afirmación que hace este Despacho sobre la existencia objetiva de una lesión del patrimonio público en el hecho investigado, lesión, considerada como también indica la Corte, como un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro, siendo todo ello lo que se presentó al contratar la empresa Tecnoenergía como proveedora por la empresa de economía mixta UNE- EPM TELECOMUNICACIONES S.A., entidad del orden descentralizado del estado, perfectamente auditável fiscalmente en su gestión y resultados, con las facultades y restricciones que le otorgan la Constitución y la Ley de manera general

(...)"

Frente a la conducta, señaló:

"(...) Pasará esta Contraloría Auxiliar, a determinar la concurrencia de la **culpa en grado de grave** en cabeza de los gestores fiscales aquí vinculados en el hecho investigado, como segundo elemento de la Responsabilidad Fiscal contenido en las normas ya mencionadas, es decir la presencia de la culpa en grado de grave, de los investigados en la ocurrencia del daño al contratar a la empresa Tecnoenergía Colombia Ltda., y no a Eltek Colombia S.A.S. (...)"

(...) al respecto de la culpa grave, que en numerosas ocasiones se han pronunciado las altas cortes, para dar elementos de comprensión de este importante elemento de corte subjetivo dentro de los juicios fiscales, considerando que tiene su origen el artículo 63 del Código Civil, pero que debe aplicarse en concordancia con las normas específicas de la función pública. Se tiene así que la **"culpa grave son la negligencia, la impericia y la imprudencia, las cuales conllevan la existencia de una conducta manifiestamente inexcusable que puede imputarse"**, también como **"comportamiento humano voluntario y consciente dirigido a la obtención de un resultado (...)**

(...) Por lo anterior, antes de plantear la opinión de este despacho frente al actuar analizado a pruebas por los servidores públicos aquí investigados, cabe anotar que en el auto de apertura e imputación de este proceso investigativo, esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, enunció el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas

a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública", trayendo este artículo de manera taxativas las presunciones legales que podrían aplicarse en los casos concretos frente al actuar del servidor público, empero, **como ya se dijo, caben la posibilidad de análisis de acuerdo al convencimiento a pruebas que informan al fallador.**

**Artículo 118: "Presunciones: "CULPA GRAVE":**

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;**

Podría este Despacho, tomar taxativamente o de manera literal la anuncioación que este artículo nos describe, para encuadrar el actuar de los aquí investigados e endilgarles sin más análisis la culpa grave, pues obra en el expediente que efectivamente adelantaron todo un proceso de selección objetiva para hacerse a un proveedor que reuniese las condiciones necesarias en beneficio de la empresa UNE-EPM Telecomunicaciones, es decir, elaboraron términos de referencia, compararon o cotejaron precios del mercado, pero al final contrataron a la empresa, que de acuerdo a los resultados de la evaluación, quedó en segundo lugar en la lista de elegibilidad, pero **cuya propuesta no superaba los precios del mercado (...)**

(...) Tal como lo manifestó la defensa de los señores Diana y Erwin, (folio 171) refiriéndose al numeral **B** del artículo citado "Eso no se presentó en el caso objeto de investigación, pues si hubo comparación de precios, se recibieron y compararon como 7 propuestas, hubo incluso varias rondas, y no se aceptó oferta que superara precios del mercado. La oferta aceptada a TECNOENERGIA, estaba dentro de los precios del mercado, incluso muy por debajo de otras 4 o 5 propuestas, el hecho de que hubiera otra oferta más barata, no significa que no se hubiera dado comparación de precios, **no que se hubiera aceptado una oferta que superara los precios del mercado.**

Continua diciendo el defensor que "Al no configurarse la presunción de culpa grave señalada en el auto de imputación, se elimina así uno de los elementos de la responsabilidad fiscal y por tanto no queda otra opción al despacho que dictar fallo sin responsabilidad fiscal".

Este Despacho, también a pruebas, no ve asomo del elemento subjetivo también descrito en dicha presunción, como lo es la CULPA GRAVE de los investigados, **al contrario, realizaron todo lo que exige la norma, como EFECTUAR COMPARACIONES DE PRECIOS, LAS CONDICIONES DEL MERCADO, COTEJARON LOS OFRECIIMIENTOS RECIBIDOS POR LOS OFERENTES, SE ACEPTÓ LA OFERTA QUE ESTABA ACORDE CON LOS PRECIOS DEL MERCADO.**

Es cierto que el error aceptado por los involucrados en el ejercicio de su defensa, no permiten evidenciar **la mala fe o la negligencia la impericia y la imprudencia, que nos lleve a concluir el favorecimiento de sus propios intereses o de terceros al efectuar tal selección y posterior contratación, son tolerables para este despacho, las valoraciones técnicas realizadas por los gestores, con ayuda de las dependencias respectivas, quienes recomendaron contratar esta empresa y no otra sometida a examen dentro del proceso de selección (...).**

(...) Este Despacho, para llegar a tal convencimiento y no caer en una interpretación por fuera de la ley, se apegó a las pruebas allegadas al proceso investigativo, donde constan tales esfuerzos de los gestores fiscales; por un lado, de la **valoración técnica de la empresa contratada más allá del precio ofertado por los productos y servicios**, y por el otro, la gestión realizada dentro de la ejecución del contrato para obtener descuentos en los mismos que beneficiaran a UNE- EPM Telecomunicaciones, y que efectivamente como pudo evidenciarse, fueron obtenidos. (Folios 183) documento del 29 de noviembre de 2018, remitido por el señor Erwin Duncan, VP de la Cadena de Abastecimiento, a señores TECNOENRGIA COLOMBIA LTADA. Representante Legal LUIS CARLOS ARANGO ORREGO.

Aquí cabe resaltar, que la Ley 1474 de 2011, como lo dice su enunciado, fue promulgada para investigar y sancionar los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Sí este es el espíritu consagrado por el legislador, **en este hecho investigado, no podría afirmarse que los actos realizados por los gestores fiscales aquí vinculados, actuaron bajo estas motivaciones.**

Es por ello, que se adelantará este Despacho en anunciar de manera previa que no observa la concurrencia de la culpa grave, en los términos que la Ley y la Jurisprudencia plantean, en cabeza de los gestores fiscales investigados. (...)"

#### En cuanto al Nexo Causal:

"Para darle mayor fuerza a lo anterior dicho, es importante, analizar el tercer elemento que de la Responsabilidad Fiscal que nos trae el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, esto es el **nexo causal** entre los dos elementos anteriores, es decir, la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado.

A consideración de esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, como ya lo expresó más arriba en estas consideraciones; el daño patrimonial que existió al momento de firmar el contrato con la empresa Tecnoenergía y su ejecución, **no se produjo por la omisión o la negligencia de los aquí implicados en el cumplimiento de sus funciones, por ello, también se adelantará un poco a anuncio, que se rompe este nexo entre los dos primeros elementos de la responsabilidad fiscal y por consiguiente, no podrá endilgarse cargo alguno a los investigados.**

**El concepto de "nexo causal"** y las causales que según la jurisprudencia nacional ha establecido e identificado para que proceda su rompimiento, no es más que la desvinculación de quien realiza la conducta con la ocurrencia del daño antijurídico generado, pero la causalidad no implica culpabilidad, en criterio del Despacho para afirmar la ausencia de este ingrediente subjetivo (culpa grave), siendo consiente que aquí no concurren ninguna de las causales excluyentes de la culpa, es decir, aquellas que de manera taxativa la ley describe para exonerar al servidor público; tales como la fuerza mayor o el caso fortuito; causales externas e insalvables o irresistibles por los gestores fiscales para evitar el error en el que incurrieron y que devino en la generación del daño mismo, ha valorado la defensa que los investigados han esgrimido para demostrar que su actuar no fue malicioso y que al contrario, actuaron diligentemente con posterioridad o dentro de la ejecución del contrato para emendar tal situación con la obtención de mejores precios bajo la modalidad de descuentos en los productos y servicios contratados, tal como ya se indicó.



*Insiste el despacho en este elemento tan importante, pues el nexo causal entre la culpa grave que pudiera atribuirse a los gestores fiscales aquí vinculados y el daño ocasionado, se refiere a la conexión entre (causa - efecto), que debe existir de manera determinante entre la conducta desplegada por estos, y como pudo evidenciarse a pruebas, los efectos negativos y que produjeron el daño ocasionado al patrimonio público, fueron atendidos juiciosamente por los aquí investigados, a obtener efectivamente los descuentos dentro de la ejecución del contrato".  
(...)"*

#### IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

##### 4.1. 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. 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. 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.

El término con el que cuenta el superior jerárquico para resolver el grado de consulta es de un (1) mes, contado a partir del recibo del expediente, llegado el mismo a esta sede de Consulta el 05 de septiembre de 2023 <sup>4</sup> cuenta con competencia temporal para proferir la correspondiente decisión de Grado de Consulta. (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*

<sup>4</sup> Memorando con radicado 202300008472 de 05 de septiembre de 2023, obrante a folio 442.



*la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida (...)"<sup>5</sup>.*

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

*"(...) Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no 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 (...)"** –NFT-*

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

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

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión consistente en fallo con responsabilidad fiscal en el proceso con radicado 035 de 2021, emitida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva precitada

<sup>5</sup> Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

en Audiencia de Decisión, a fin de establecer si se encuentran acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, que le sirvieron de sustento, de manera que su análisis 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 1º de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C – 619 de 2002.

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional<sup>6</sup> y la Ley<sup>7</sup>.

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

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, **si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal**. El daño fiscal, está previsto en 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...*".

#### 4.2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia, para encontrar como procedente la decisión de dictar fallo sin

<sup>6</sup> Sentencia SU 620 de 1996

<sup>7</sup> Ley 610 de 2000

responsabilidad fiscal dentro del proceso de responsabilidad fiscal 096-2019 objeto de consulta, en razón de **la no acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal en el hecho investigado**; esta superioridad verificará si efectivamente las pruebas recaudadas permiten inferir razonablemente la no configuración o acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal como lo dispone el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con los artículos 48 y 54 de esa misma normativa, en cuyo caso habría lugar a confirmar la decisión o contrario sensu, en caso de permanecer la duda o constatación del detrimento patrimonial lo procedente sería revocar la decisión.

#### 4.3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO – ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Para resolver este problema jurídico, el Despacho dentro de las consideraciones y el análisis del caso concreto abordará conjuntamente en este orden los siguientes tópicos:

**4.3.1.** Marco normativo del proceso de responsabilidad fiscal; **4.3.2** El daño patrimonial, certeza y cuantificación; **4.3.3.** La calidad de gestor fiscal; **4.3.4.** Elemento subjetivo de la Responsabilidad Fiscal; **4.3.5.** Elemento Nexo Causal; **4.4.** Análisis del caso concreto.

##### 4.3.1. Marco normativo del proceso de responsabilidad fiscal.

La Ley 610 de 2000 en el artículo 1º define el proceso de responsabilidad fiscal, así:

**“Artículo 1º. Definición.** *El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”* (Negrita fuera de Texto)

Del mismo modo, el artículo 3º de la Ley 610 detalló el alcance de la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas que manejen o administren recursos o fondos públicos y cuyo objeto, conforme el artículo 4º *ibidem*, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizaron la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.



Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal la autoridad competente debe tener en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa, la gestión fiscal y los elementos de la Responsabilidad Fiscal determinados en el artículo 5º de la aludida norma, los cuales son:

**"Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal.** La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - **Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.** - **Un daño patrimonial al Estado.** - **Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.**" (Negrilla fuera de texto)

Del contenido de las normas enunciada, en la responsabilidad fiscal convergen tres elementos: i) **elemento objetivo**, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) **elemento subjetivo**, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa grave y iii) **elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.

#### **4.3.2. El daño patrimonial, certeza y cuantificación**

El daño en el régimen de responsabilidad fiscal se encuentra definido en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, de la siguiente manera:

*"La lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, inefficiente, inequitativa 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" (Apartes subrayados fueron declarados inexequibles por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).*



Sobre la importancia del daño en cualquier régimen de responsabilidad por daños, se ha entendido que éste constituye su médula, en tanto es el primer elemento a tenerse en cuenta para la formulación de un juicio jurídico de imputación de responsabilidad.

Esa ha sido la línea de pensamiento de la jurisprudencia y la doctrina patria, para cuyo efecto se cita la obra del doctor Juan Carlos Henao, ex Magistrado de la Corte Constitucional, en la que sostiene<sup>8</sup>:

*"Con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, con el doctor Hinestrosa, que "el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y el juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegar; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada".*

En coincidencia con la jurisprudencia y la doctrina, acerca de la importancia de elemento daño patrimonial en el régimen de responsabilidad fiscal, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en Concepto 0070A del 15 de enero de 2001, señaló:

*"De los tres elementos anteriores, el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Con esta lógica, el artículo 40 de la ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal..."*

De otra parte, con relación a las características del daño la Corte Constitucional precisó en la Sentencia SU-620 de 1996, lo que sigue:

*"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe*

<sup>8</sup> Henao, Juan Carlos. EL DAÑO-Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 35-36. <sup>15</sup>



*examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio”<sup>9</sup>.*

En suma, podemos decir que el daño en los procesos de responsabilidad fiscal, está referido al menoscabo, detrimento o perjuicio que sufre el patrimonio del Estado, a causa de la acción u omisión de un gestor fiscal, o de la persona que determine dicho detrimento. Y sólo después de estructurado y probado el daño se podrán establecer los demás elementos, empezando por la conducta.

Adicionalmente, tiene como características, la de ser cierto, esto es, que sea objetivamente verificable<sup>10</sup>, en relación inversamente proporcional con el denominado daño eventual, el cual no es indemnizable<sup>11</sup>; que sea especial, en relación con su origen; anormal, al no tomar en cuenta el desgaste natural de las cosas producto del paso del tiempo, y cuantificable, por valorar económicamente el costo del perjuicio.

A su turno, el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, refiriéndose a la certeza del elemento daño, determinó que corresponde al funcionario competente proferir fallo con responsabilidad fiscal “[...] cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable [...]” -NFT-

En cuanto al presupuesto de la certeza de la existencia del daño patrimonial, el Consejo de Estado, Sección Primera, ha considerado lo siguiente en diversos pronunciamientos<sup>12</sup>, como en la Sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01:

<sup>9</sup> Sentencia SU-620, del 13 de noviembre de 1996, Expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell; y Sentencia C-840 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. <sup>16</sup>

<sup>10</sup> El profesor Tamayo señala que existe certeza del daño “...cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Vol. II. Bogotá: Legis, 2013, p. 339).

<sup>11</sup> Sobre el llamado daño eventual el profesor Henao ha señalado que ocurre cuando existe “certeza de que el daño no se produjo ni se producirá, razón por la cual se califica de eventual, porque no se puede asegurar que hay aminoración patrimonial (...) Se puede entonces afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia el futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja “el perjuicio” no existe ni se presentará luego” (HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 139).

<sup>12</sup> Consejo de Estado-Sección Primera, 30 de mayo de 2013, Radicación 63001-23-31-000-2004-00313-01 CP María Elizabeth García González; 15 de septiembre de 2016, Radicaciones 25000-23-41-000-2013-02564-01 y 25000-23-41-000-2014-00058-01 CP María Elizabeth García González; y del 16 marzo de 2017, Radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01, Consejera Ponente María Elizabeth García González.

"(...) Para la Sala 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 ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria (...)".

En igual sentido se indicó<sup>13</sup>:

*"(i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.*

*La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable que se tenga 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". -NFT-*

Ahora, en cuanto a la certeza del daño la Contraloría General de la República, en Concepto EE9273 del 14 de febrero de 2016, manifestó:

*"Con base en la normatividad antes descrita la Oficina Jurídica realizó un estudio sobre el daño patrimonial al Estado, proferido mediante el oficio 0070A de 15 de enero de 2001, en el cual citaremos algunos aspectos relativos al objeto de su consulta, a saber: "IV. EL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. (...) 2. Certeza del daño. Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que <<el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante>>". -SNFT-*

En contraposición, el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, establece que uno de los eventos para que proceda fallo sin responsabilidad fiscal, es cuando no exista prueba que conduzca a la certeza de los elementos de la responsabilidad fiscal<sup>14</sup>.

Es entonces indispensable de cara a la determinación de la responsabilidad fiscal, tener certeza absoluta respecto a la existencia del daño patrimonial. Por lo tanto, es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

17

<sup>14</sup> **"ARTICULO 54. FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL.** El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal."

se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable<sup>15</sup>.

Finalmente, para el régimen particular de la responsabilidad fiscal el daño ocasionado con la gestión fiscal, debe recaer sobre el “patrimonio público”, es decir, sobre los “bienes o recursos públicos” o en los “intereses patrimoniales del Estado”.

#### 4.3.3. La calidad de gestor fiscal

El artículo 3º de la Ley 610 de 2000, refiriéndose a la definición de gestión fiscal, consagró:

*“ARTICULO 3º. GESTIÓN FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”*

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha entendido que desarrollan gestión fiscal, todos aquellos servidores públicos que desempeñan cargos directivos y profieren decisiones determinantes de gestión fiscal y así lo dijo expresamente en la sentencia C 840 – 2001, en la que manifestó:

*“(...) Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado<sup>16</sup>, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.(...)” NFT*

Asimismo, en la aludida sentencia declaró exequible la expresión ‘con ocasión de ésta’, “bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.”<sup>17</sup>, y señaló que:

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01.

<sup>16</sup> Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996.

<sup>17</sup> Sentencia C-840 de 2001.

"(...) si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, **los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado**",<sup>18</sup> siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales (...)." NFT

En la Sentencia 438 de 2022<sup>19</sup>, la Corte Constitucional nuevamente precisó quiénes fungen como gestores fiscales, y tienen vocación de comparecer al proceso de responsabilidad fiscal al señalar:

"(...) 132. Téngase presente que la vigilancia y control fiscal tiene por objeto determinar si la gestión fiscal y los resultados de la misma, se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y marco legal y reglamentario aplicables, lo cual implica necesariamente que dicha función pública de fiscalización se ejerce siempre sobre la gestión fiscal, esto es, las actividades de recaudo, percepción, recibo, administración, manejo, disposición o destinación de recursos, fondos o bienes públicos y, complementariamente, si a ello hubiere lugar, establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva.<sup>20</sup> (...)

146. En suma, la vigilancia y el control fiscal, según la jurisprudencia constitucional, es una herramienta "eficaz e idónea para la protección del patrimonio público, a través de (i) la verificación del correcto manejo de los recursos públicos y (ii) el establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el

<sup>18</sup> Sentencia SU 620 de 1996.

19

<sup>19</sup> Sentencia 438 del 30 de noviembre de 2022. MP. Jorge Enrique Ibañez Najar.

<sup>20</sup> Debe tenerse en cuenta que en la Sentencia C-198 de 2020, la Corte señaló que "el control preventivo y concomitante no busca establecer la responsabilidad fiscal, cuestión que corresponde al control posterior y selectivo, sino que tiene un carácter preventivo y no vinculante. Se trata, como expresamente lo dice el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, de advertir al gestor fiscal sobre la existencia de un riesgo inminente, a fin de prevenir la ocurrencia de un daño."

**cumplimiento de los fines constitucionales y misionales** de cada una de las entidades.<sup>21</sup> SNFT. (...)

163. En conclusión, son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por **habilitación legal, administrativa o contractual** manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan **capacidad decisoria** frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que constituye el elemento decisorio y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública. SNFT.

164. Según lo ha enfatizado esta Corte, se requiere verificar, con suficiente grado de certeza, **la capacidad o competencia** de la entidad pública y con ella la del **servidor público**, así como la de la persona jurídica de derecho privado o, en general, del particular, a quien se le haya atribuido por atribución, facultad o deber legal, acto administrativo o cualquier otro acto habilitante, realizar gestión fiscal y la acción u omisión específica, y, consecuentemente, descartar cualquier otra relación "tácita, implícita o analógica" que se aleje o que rompa el vínculo con dicha gestión.<sup>22</sup>(...)" SNFT.

Así, pues, para el caso específico de los funcionarios públicos, por regla general aquel servidor que conforme a sus funciones o atribuciones públicas cuente con la titularidad jurídica para manejar fondos y bienes del Estado adquiere la condición de gestor fiscal y, por supuesto, sujeto de una declaración de responsabilidad para asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que, de manera dolosa o gravemente culposa haya incurrido en la administración de los dineros públicos sometidos a su vigilancia o gestión.

#### 4.3.4 Elemento subjetivo de la Responsabilidad Fiscal

En cuanto elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, es acertado afirmar que nuestro derecho general administrativo no trae ninguna definición de dolo aplicable a las actuaciones administrativas ni el régimen de responsabilidad fiscal tiene previsto una definición particular de la misma, por lo que el operador fiscal deberá acudir a la definición que de dolo que trae el Código Civil Colombiano en su artículo 63, según el cual:

"ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."

<sup>21</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020.

<sup>22</sup> Ibídem.

Se debe agregar, que la definición de dolo que hace nuestra legislación civil hay que interpretarla dentro del lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado, cuando en Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 16887, definió:

*"(...) Ahora bien, en cuanto a la segunda modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente, esto es, el dolo, debe entenderse por tal, aquella conducta realizada por el autor con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, habiéndoselo representado y adecuado a sus posibilidades, con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado. Resulta claro, entonces, que el elemento fundamental del dolo radica en el aspecto volitivo, de manera que obra dolosamente quien conociendo el daño que con su acción u omisión ha de producir, voluntariamente lo provoca, es decir, cuando actúa con intención maliciosa de generar un determinado resultado injusto, que se enmarca dentro de una conducta jurídicamente reprochable (...)"*

Luego, en sentencia del (3) de octubre de dos mil siete (2007), con radicado 41001-23-31-000-1995-08354-01(24844), esa misma corporación se pronunció sobre el alcance del elemento subjetivo, señalando:

*"En suma, mientras la culpa es la falta de diligencia o de cuidado en la conducta por imprevisión, negligencia o imprudencia, el dolo como dice ENECCERUS "Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse un derecho o un deber" (...)"*

Y en otra providencia<sup>23</sup> se pronunció sobre el alcance del dolo, señalando:

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

Centrándonos en el proceso de responsabilidad fiscal, se tiene que el estándar para determinar la culpabilidad es la culpa grave o el dolo<sup>24</sup>, cuestión que fue regulada expresamente, en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 al preceptuar:

21

<sup>23</sup> Radicado 08001-23-31-000-2008-00249-01 del 7 de noviembre de 2019.

<sup>24</sup> La Corte Constitucional, de tiempo atrás, ya había indicado que el estándar del elemento subjetivo para determinar la responsabilidad fiscal de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política no podía ser



**"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."

La Doctrina Constitucional<sup>25</sup> especializada en el tema de la responsabilidad fiscal, se pronunció frente a las presunciones de dolo y culpa del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

*"(...) ha encontrado ajustadas las presunciones de dolo y culpa a la Constitución en el contexto de otras formas de responsabilidad, tanto de derecho público, como de derecho privado, entre particulares o frente a autoridades públicas: en procedimientos administrativos, como los tributarios, de sanciones administrativas en materia ambiental y de **responsabilidad fiscal** y en procesos judiciales, como el de la acción de repetición.*

*A partir de los precedentes jurisprudenciales (...), es posible precisar las condiciones que debe reunir una presunción de dolo o de culpa para ser constitucionalmente admisible: (i) no puede tratarse de una presunción de responsabilidad. La responsabilidad es el resultado de la conjunción de varios elementos, uno de los cuales puede ser la culpabilidad; las presunciones de dolo y culpa sólo se predicen del elemento culpabilidad. Por lo tanto, para que opere la presunción, es necesario que el hecho base se encuentre debidamente probado. (ii) Deben ser verdaderas presunciones, no ficciones. Por consiguiente, las presunciones de dolo y culpa deben ser construidas a partir de la experiencia y de un razonamiento lógico. (iii) Debe tratarse de medidas razonables y proporcionadas, al proteger intereses superiores, cuya tutela, mediante la presunción de dolo o culpa, no resulte desequilibrada frente a la afectación que engendra de la presunción de inocencia. El carácter iuris tantum de las presunciones juega en favor de su proporcionalidad.*

*Como quedó expuesto, las presunciones de dolo y culpa sólo pueden predicarse del elemento subjetivo de la responsabilidad, pero no exoneran a la autoridad del deber de demostrar el hecho base o supuesto de hecho que permite que la presunción opere. En efecto, la presunción de dolo y culpa se predica del elemento subjetivo del comportamiento endilgado. Dicha presunción de dolo y culpa se enerva mediante la prueba de la diligencia, prudencia y cuidado en la realización del comportamiento. Por el contrario, la prueba exigida implica demostrar que el hecho no existió o que existiendo, no le es imputable a quien es investigado, es decir, la prueba del rompimiento del nexo causal por el hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Estos elementos relativos a la imputabilidad del comportamiento al investigado son*

distinto a la culpa grave o el dolo. Véase Sentencia C-619-02 de 8 de agosto de 2002, Magistrados Ponentes: Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.  
<sup>25</sup> Sentencia C-225/17

*juicios relativos a la tipicidad y son el supuesto de hecho para que opere la presunción de dolo o culpa (...)"*

#### 4.3.5. Elemento Nexo Causal.

La causalidad no implica culpabilidad, pero ésta última generalmente conlleva la primera. El vínculo de causalidad –nexo– causal es un elemento de la responsabilidad distinto de la culpa –conducta<sup>26</sup>.

Como nexo causal se entiende el vínculo que permite concluir que el daño que se causa al patrimonio del Estado, es el efecto necesario de un hecho del servidor público o del particular que administra bienes públicos; es decir, es la conexión lógica que lleva a deducir que el detrimiento sufrido es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella.

El nexo causal entre los dos elementos anteriores, como su nombre lo indica, se refiere a la relación de causalidad (causa-efecto), que debe existir de manera determinante entre la conducta desplegada por quien ejerció la gestión fiscal y el daño ocasionado a los intereses patrimoniales del Estado; habrá entonces, relación de causalidad, cuando el hecho del gestor fiscal o de quien haya actuado con ocasión de la gestión fiscal, es la causa directa del daño o haya contribuido a él y sin el cual, éste no se habría producido.

En el proceso de responsabilidad fiscal, así exista afectación al patrimonio público y una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o del particular, si no hay el vínculo consecuente entre el primero y el segundo, no puede establecerse que la conducta desplegada por los servidores públicos o particulares en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, fue la que determinó el daño, por tanto, no puede comprometerse su responsabilidad fiscal.

Por consiguiente, no todo daño o toda conducta dolosa o gravemente culposa generan responsabilidad fiscal. Ella se configura cuando se establezca, por el nexo causal, que el primero es consecuencia de la segunda.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado con radicado 25000234100020170016401 del 26 de enero de 2023, se pronunció con respecto al elemento del nexo causal, en los siguientes términos:

<sup>26</sup> Artículo 5º. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Ley 610 de 2000.

*"(...) 215. Respecto del nexo causal entre la conducta y el daño, debe existir certeza de la relación que existe entre un hecho antecedente y un resultado, de forma tal que de no existir o haberse presentado aquella, tampoco se hubiese ocasionado este.*

*216. Para analizar la existencia del nexo causal, el Consejo de Estado ha acogido la teoría de la causalidad adecuada para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado, respectivamente:*

*[...] Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de las condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo. Dicho de otro modo la primera teoría refiere a que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes, pues "partiendo de un concepto de causalidad natural, todas las condiciones del resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal". Y sobre la teoría de la causalidad adecuada la acción o la omisión que causa un resultado es aquella que normalmente lo produce. De estas teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito [...]."*

*217. La Corporación en otra sentencia señaló:*

*[...] En orden a establecer el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño, la jurisprudencia de esta Corporación acoge la teoría de la causa adecuada, según la cual la conducta u omisión de la administración debe ser relevante y eficaz para producir el resultado dañino, siendo este último una consecuencia normal y previsible. Por tanto, no es suficiente que un evento haya sumado en la producción del daño, sino que debe tratarse de un hecho determinante y adecuado para causarlo [...]."*

*218. Según lo expuesto, la teoría de la causalidad adecuada señala que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, es decir, el que resulte idóneo para su configuración.*

*219. En ese orden, la Sala advierte que solo es posible atribuir un resultado dañoso a quien ha ejecutado una acción u omisión que se erige como la causa idónea y eficiente para la producción del daño (...)".*

#### **4.4. Análisis del caso concreto**

En el caso bajo estudio, el reproche fiscal se originó en la decisión adoptada en el informe de recomendación de adjudicación del contrato CT-01689 a Tecnoenergía

Colombia Ltda, en atención al error en la sumatoria de los porcentajes de evaluación de la oferta económica de los oferentes Eltek Colombia S.A.S., de **96.27%** y Tecnoenergía Colombia Ltda., de **97.26%**.

El equipo auditor consideró que la calificación de los oferentes debió haber sido de la siguiente forma: Para Eltek Colombia S.A.S **96.82%** y para Tecnoenergía **94.72%**. Por tanto, se debió adjudicar el contrato CT-01689 a Eltek Colombia S.A.S en vez de a Tecnoenergía Colombia Ltda. Y con ello, se infringió el principio de economía.

De esta manera, es preciso reseñar los actos que adelantó la entidad para adjudicar el contrato, y sobre los cuales se cimentó la irregularidad fiscal a voces del equipo auditor, en el siguiente orden:

Se incorporó al plenario mediante CD ROM<sup>27</sup> carpeta digital denominada “*hallazgo A.REG. UNE 2018*” por medio de la cual se anexa subcarpeta de ofertas económicas de los oferentes; subcarpeta de facturas, reportes de pago; cálculo de detrimento patrimonial; cálculo de porcentajes de adjudicación; documento condiciones de invitación; documento anexo 11 especificaciones técnicas; correo electrónico por medio del cual se remite informe de recomendación y aceptación de la oferta del 3 de enero de 2017; correo electrónico donde se comparte el informe de recomendación a otros participantes del proceso contractual; documento contrato CT\*01689 firmado el 18 de abril de 2017; documento de explicación de adjudicación.

En este mismo medio magnético, también yace información relativa a la respuesta dada por la entidad frente a la observación planteada en el informe preliminar de auditoría; actas de mesa de trabajo por medio del cual se validó la observación como el análisis de la respuesta de la entidad.

De igual forma, como material probatorio, reposa en el expediente carpeta digital donde se vislumbra información del contrato de Tecnoenergía Colombia Ltda, compuesto por subcarpetas nombradas como: “*administración; análisis de necesidad, oportunidad y conveniencia; condiciones de invitación; designación de administrador; documento de valuación técnica, económica y legal; modificatorio, ofertas proponentes y sub carpeta de solicitud de pedidos*”.

Medios de prueba, de los cuales se colige lo siguiente:

<sup>27</sup> Folio 7 cuaderno 1.



- En el documento - Informe de recomendación y aceptación de oferta<sup>28</sup> del 03/01/2017, elaborado por la presunta responsable fiscal Diana Angélica Méndez Pinera, en calidad de especialista de compras técnicas de la Vicepresidencia Supply Chain de TIGO UNE; el análisis de la evaluación ponderaba un porcentaje del 70% a la propuesta económica, y el porcentaje restante del 30%, a la propuesta técnica.

De los totales consignados en ese documento para Eltek y Tecnoenergía, se sugirió recomendar a esta última.

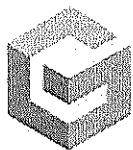
Resaltándose que en el acápite de “Evaluación ponderada 70-30”, el porcentaje técnico de Tecnoenergía fue ostensiblemente mayor (94.37%), al de los demás oferentes, incluyendo a Eltek (89.41%).

| EVALUACIÓN PONDERADA 70-30 |           |         |        |
|----------------------------|-----------|---------|--------|
| OFERENTE                   | ECONÓMICA | TÉCNICA | TOTAL  |
| Eltek                      | 100,00%   | 89,41%  | 96,27% |
| Tecnoenergía               | 94,87%    | 94,37%  | 97,26% |
| Tronex                     | 72,99%    | 89,47%  | 89,90% |
| Tempel                     | 62,98%    | 84,88%  | 77,45% |
| TDI                        | 57,21%    | 73,01%  | 71,73% |
| Emerson                    | 24,17%    | 50,58%  | 49,98% |
| UP Sistemas                | 0,00%     | 53,33%  | 24,00% |
| ZTE                        | 0,00%     | 43,67%  | 17,70% |
| Huawei                     | 8,64%     | 45,34%  | 0,00%  |
| HB Sadelec                 | 20,82%    | 0,00%   | 0,00%  |

Y más adelante se destacó en el numeral IV, de las “Notas a tener en cuenta”, que “los servicios de instalación y mantenimiento que ofrece ELTEK son más costosos que los de tecnoenergía”.

Todo lo anterior, llevó a concluir como recomendación por parte de la Especialista de Compras Técnicas Diana Angélica Méndez Pinera, con fundamento en la nota ponderada, que la oferta sugerida para ser adjudicado el contrato era la de TECNOENERGÍA, por un valor de antes de IVA de US\$977.014,38 equivalente a 3953 SMMLV.

<sup>28</sup> Archivo 4 CD anexos folio 7



7. Recomendación:

- Tomando en cuenta la nota ponderada, se sugiere adjudicar el contrato a TECNOENERGÍA. Valor a aceptar antes de IVA (Eorecast): USD972.014.38 (3.953 SMMLV). Plazo de ejecución 1 año.

8. Elaboró

Nombre: Diana Angélica Méndez Pineda

Área: Compras Técnicas, Obras Civiles & Otros

- En el mismo sentido, se indicó vía correo electrónico del 04/01/2017, que luego de revisado el informe y recomendación, especialmente el ítem técnico, así como las anotaciones realizadas, tomando nuevamente como base la nota ponderada, se sugirió adjudicar a TECNOENERGÍA<sup>29</sup>:



mércoles 4/1/2017 09:53 a. m.

Luis Fernando Montilla Trespalacios

RE: CT-01689, Informe de recomendación y aceptación de oferta proceso de contratación Baterías

Para: Diana Fernando Montilla, Luis Fernando Montilla, Álvaro Serratos Herrera

CC: Cesar, Envío: Cesar Espinoza, Altagracia Tico, Cárdenas

Reenviado a este mensaje el 4/1/2017 09:14 a. m.

Mensaje enviado con importancia Alta.



Informe de recomendación y aceptación de oferta proceso de contratación ...docx

Diana

Hemos revisado el informe y recomendación enviada de tu parte y una vez revisados nuevamente los ítems técnicos de nuestra parte, así como los pros y contras que expresas, también de nuestra parte tomamos la sugerencia o recomendación:

Recomendación:

- Tomando en cuenta la nota ponderada, se sugiere adjudicar el contrato a TECNOENERGÍA. Valor a aceptar antes de IVA (Eorecast): USD972.014.38 (3.953 SMMLV). Plazo de ejecución 1 año.

- Luego, se identifica documento de explicación de adjudicación CT-01689<sup>30</sup>, por medio del cual la entidad auditada manifiesta que el resultado de la evaluación ponderada no se calculó correctamente, de tal manera que los porcentajes plasmados correspondientes a la evaluación económica y técnica de Eltek y Tecnoenergía, no correspondían al cálculo real, lo que generó como resultado recomendar adjudicar el contrato a Tecnoenergía.

<sup>29</sup> Archivo 5 CD anexos folio 7

<sup>30</sup> Archivo 7 CD anexos folio 7



CT-01689  
BATERÍAS: AC/BC/ION Li  
Explicación Adjudicación

Debido a la solicitud realizada por la contraloría el 20 de junio del 2018, se detectó un error en la adjudicación del proceso de compras CT-01689 para baterías AC/BC/ION Li.

En el informe de recomendación se empleó, como base de la información, las evaluaciones técnica y económica previamente realizadas por el área requirente y por el área de compras respectivamente. Se definió una matriz de evaluación que consideraba un peso de 70% para la evaluación económica y 30% de peso para la evaluación técnica para definir al proveedor que se seleccionaría.

Los valores ordenados de las calificaciones resultantes fueron organizados de mayor a menor pero al parecer, el resultado, no se recalcó de forma correcta, de tal manera que, al copiar la información en el formato Word, los datos no correspondieron al cálculo real y generó como resultado la recomendación de adjudicar a Tecnoenergía.

Esto no fue detectado en la revisión del informe realizada por el equipo del área requirente y por la dirección de compras técnicas por lo que se aprobó el informe con el único comentario de aclarar en el contrato que su vigencia sería de tres (3) años con negociación de precios anuales.

Solo hasta la fecha de esta solicitud nos hemos percatado de esta diferencia

- Despues de esta explicación en CD en la subcarpeta evaluación técnica, económica y legal, se observa documento recomendación y aceptación de la oferta, en el cual se sugiere esta vez adjudicar a ELTEK, con una oferta de USD 823.233,53 equivalente a 3347,76 SMMLV.
- Teniendo en cuenta este acervo probatorio, consideró el equipo auditor que la entidad auditada debió haber valorado y calificado las ofertas, de la siguiente forma<sup>31</sup>:

| Calculo: Equipo auditor |               |     |             |       |
|-------------------------|---------------|-----|-------------|-------|
| Proveedor               | ELTECK        |     |             |       |
|                         | Económica 70% |     | Técnica 30% |       |
|                         | 100           |     | 87,55       |       |
|                         | 100           |     | 80,68       |       |
| Proveedor               | 100           |     | 100         |       |
|                         | Promedio      | 100 | Promedio    | 89,41 |
|                         | 70%           | 70  | 30%         | 26,82 |
| Proveedor               | TECNOENERGIA  |     |             |       |
|                         | 99,01         |     | 93,2        |       |
|                         | 92,07         |     | 91,86       |       |
|                         | 93,52         |     | 98,05       |       |

<sup>31</sup> Subcarpeta 8 CD anexos folio 7, archivo "Calculo Porcentajes adjudicación"



| Promedio | 94,87 | Promedio | 94,37 |       |
|----------|-------|----------|-------|-------|
| 70%      | 66,41 | 30%      | 28,31 | 94,72 |

Con lo cual se tiene que se desatendieron los criterios de evaluación , contenidos en el numeral 2.3 de las Condiciones de invitación, como a reglón seguido se trasciben:

*"(...) La evaluación de la oferta y la selección del Contratista se hará dando aplicación a los principios de objetividad, autonomía, independencia, economía y transparencia.*

*La oferta podrá ser evaluada teniendo en cuenta los siguientes factores:*

*i) Relativos al oferente: tamaño de la empresa, experiencia, reputación, capacidad técnica, capacidad financiera, conflicto de interés, inhabilidades e incompatibilidades, vinculación previa con la Compañía.*

*ii) Relativos al Bien o Servicio: calidad de los bienes o servicios, garantías ofrecidas, disponibilidad, reputación de la marca.*

*iii) relativos a la oferta: adecuación a las necesidades de La compañía (Matrices de Evaluación Técnica, aceptación punto a punto de los requerimientos mencionados en los documentos que conforman la presente invitación), precio, forma de pago y plazos de entrega.  
(...)"*

En esta situación planteada, el principio de economía se infringió en la selección de la oferta más favorable, toda vez que con el error en el cálculo de los porcentajes de ponderación económica y técnica en que se incurrió en el informe de evaluación, se desconocieron los criterios de la selección objetiva establecidos en el documento "condiciones de invitación".

El principio de la selección objetiva el legislador lo desarrolló en la Ley 80 de 1993, en el cual advierte en el artículo 13 que los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2<sup>32</sup> de este estatuto se regirán por las disposiciones

29

<sup>32</sup> ARTÍCULO 2.- *De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos.* Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría

comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 80 de 1993.

En el artículo 23 *ibídem*, advierte que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal (entidades estatales –artículo 2 Ley 80 de 1993–), se deben desarrollar con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, además de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Respecto al principio de economía, el legislador dispuso en el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, las normas de selección, el procedimiento y las etapas para asegurar la selección objetiva, a saber:

*“(...) 1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones (...)”*

De lo señalado, se deduce que el principio de economía se analiza en dos aristas, la primera está dirigida a establecer los procedimientos de selección o escogencia de un colaborador del Estado, acatando los términos que integran cada fase contractual y la segunda línea consiste en salvaguardar la selección objetiva de la propuesta más favorable.

En este último punto, el principio de economía se concreta con la propuesta más favorable, aplicando la selección objetiva, y esta se da cuando el ofrecimiento congregate los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato.

La Selección objetiva<sup>33</sup> es un deber general que la ley impone a todas las entidades públicas, en relación con las actividades contractuales, consistente en que la escogencia de las personas naturales o jurídicas que hayan de ser contratistas y la celebración de los contratos respectivos deben hacerse por razones exclusivamente objetivas, ciertas demostrables y debidamente justificadas ( desde la etapa de

*General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”* 30

<sup>33</sup> Sala de Consulta del Consejo de Estado. Radicado 2370 del 23 de mayo de 2018.

planeación), que permitan la mejor prestación de los servicios y de las funciones públicas a cargo de dichas entidades, el cumplimiento de los objetivos, la prevalencia del interés general, cuya realización es la razón de ser de la organización estatal, como el legislador lo dispone en el artículo 3º de la ley 80 de 1993 en su parte pertinente “*(...) las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)*”.

En esta medida, el deber de selección objetiva desarrolla varios de los principios que gobiernan la actividad contractual del Estado, como los de transparencia y economía, así como otros principios generales de la función administrativa que son obligatoriamente aplicables en este campo, por mandato de los artículos 23 de la Ley 80 de 1993 y 13 de la Ley 1150 de 2007 que también cobija el principio de economía, así como, la imparcialidad, moralidad, igualdad, publicidad y buena fe entre otros.

Así el deber de la selección objetiva debe respetarse en todo el proceso de selección o contratación, desde la fase de planeación hasta cuando se realice la escogencia del contratista.

Por tal razón, el deber de selección objetiva se manifiesta en varias normas e instituciones que forman partes del régimen de contratación por una entidad pública aunque su régimen sea privado. Dichas disposiciones tienen que ver principalmente con dos temas: a) el procedimiento de selección, que aunque le sea aplicable el régimen privado, este debe estar plasmado en el manual de contratación y adecuado al servicio estatal prestado por la empresa pública, b) los factores que deben utilizarse para la evaluación y comparación de las ofertas.

En cuanto a los parámetros o criterios para evaluación de las ofertas recibidas y escogencia del contratista, vale la pena traer a colación el principio del deber de selección objetiva, el cual indica que la escogencia de un contratista se hace por el ofrecimiento más favorable a la entidad y las funciones que ella presta, sin tener un interés o cualquier clase de motivación subjetiva. La selección objetiva se cumple cuando se escoge la oferta más favorable.

De las circunstancias del caso en concreto, se entrevé que en razón de la errada calificación de los oferentes, se desatendió el principio de economía en el régimen contractual.



Pero a pesar de lo anteriormente señalado, conociendo que el proceso contractual fue adjudicado al oferente que no había ofertado menor precio, no se entrevé una gestión fiscal antieconómica para la entidad, toda vez que el comparativo elaborado por parte del equipo auditor, para estimar el desmedro al erario se realizó aplicando los valores de la propuesta económica del oferente ELTEK, que es una mera proyección económica, contra lo realmente ejecutado por Tecnoenergía, que se apoyó en la Tasa de Cambio Representativa del Mercado –TRM-, aplicable al momento del pago, siendo ésta una variable que fluctúa con el mercado, por tanto, el cálculo del daño patrimonial se basó en ítems, que dada su naturaleza no eran comparables, lo cual no permite que se determine con certeza el detrimento señalado por el equipo auditor, según se verifica del archivo denominado “Cálculo Detrimento”<sup>34</sup>, como se muestra a continuación:

| NRO. FRA. | TECNOENERGIA                     |       |                      |              |                             | VALOR DE LA COMPRA PRECIO ELTEK |                  |                            |                             |               | DETRIMENTO                  |                  |
|-----------|----------------------------------|-------|----------------------|--------------|-----------------------------|---------------------------------|------------------|----------------------------|-----------------------------|---------------|-----------------------------|------------------|
|           | PRECIO UNIT.<br>USD              | CANT. | TOTAL USD SIN<br>IVA | IVA          | TOTAL USD Y/O<br>\$ CON IVA | TRM FRA.                        | TOTAL COP        | PRECIO UNIT.<br>USD Y/O \$ | TOTAL USD Y/O<br>\$ SIN IVA | IVA           | TOTAL USD Y/O<br>\$ CON IVA |                  |
| 2017      |                                  |       |                      |              |                             |                                 |                  |                            |                             |               |                             |                  |
| 4428      | 6.018,57                         | 4     | 24.074,28            | 4.574,11     | 28.648,39                   | 2.342,18                        | 84.289.015,99    | 5.278,71                   | 21.114,84                   | 4.011,82      | 25.126,66                   | 73.927.406,61    |
|           | 1.050,00                         | 4     | 4.200,00             | 798,00       | 4.998,00                    |                                 | 14.705.065,62    | 883,27                     | 3.533,06                    | 571,29        | 4.204,37                    | 12.370.041,25    |
| 4247      | 6.018,57                         | 8     | 48.148,56            | 9.148,23     | 57.296,79                   | 2.342,19                        | 168.578.013,98   | 5.278,71                   | 42.229,68                   | 8.023,64      | 50.253,32                   | 147.854.813,22   |
| 4264      | 103,09                           | 500   | 51.500,00            | 9.785,00     | 61.285,00                   |                                 | 187.260.607,45   | 96,64                      | 45.320,00                   | 9.190,89      | 57.500,80                   | 175.697.719,46   |
|           | 15,11                            | 80    | 1.208,80             | 229,57       | 1.438,47                    |                                 | 4.395.351,99     | 19,01                      | 1.520,80                    | 288,95        | 1.809,75                    | 5.529.823,92     |
|           | 302,12                           | 16    | 4.833,92             | 918,44       | 5.752,36                    |                                 | 17.576.763,31    | 282,50                     | 4.520,00                    | 858,80        | 5.378,80                    | 16.435.289,92    |
|           | 125,00                           | 16    | 2.000,00             | 380,00       | 2.380,00                    |                                 | 7.272.258,60     | 114,80                     | 1.838,80                    | 349,98        | 2.185,79                    | 6.678.840,46     |
| 4265      | 125,00                           | 38    | 4.750,00             | 902,50       | 5.652,50                    | 3.055,57                        | 17.271.009,43    | 114,80                     | 4.382,40                    | 828,86        | 5.181,26                    | 15.862.246,10    |
| 4266      | 1.200.000,00                     | 22    | 26.400.000,00        | 5.016.000,00 | 31.416.000,00               |                                 | 31.416.000,00    | 380.4206,22                | 83.992.656,76               | 15.901.581,99 | 99.594.118,74               | 99.594.118,74    |
|           | 150.000,00                       | 22    | 3.300.000,00         | 627.000,00   | 3.927.000,00                |                                 | 3.227.000,00     | 448338,99                  | 9.867.857,81                | 1.874.892,96  | 11.742.750,79               | 11.742.750,79    |
| 4269      | 6.018,57                         | 12    | 72.222,84            | 13.722,34    | 85.945,18                   |                                 | 259.353.644,09   | 5278,71                    | 63.344,91                   | 12.035,46     | 75.379,96                   | 227.460.142,36   |
|           | 1.050,00                         | 12    | 12.600,00            | 2.394,00     | 14.994,00                   |                                 | 45.248.933,32    | 883,27                     | 10.599,20                   | 2.013,85      | 12.613,04                   | 39.053.399,56    |
| 4279      | 6.018,57                         | 16    | 98.297,12            | 18.296,45    | 114.593,57                  |                                 | 345.934.642,41   | 5278,71                    | 84.459,34                   | 16.047,27     | 100.506,62                  | 303.146.045,90   |
|           | 1.050,00                         | 16    | 16.800,00            | 3.192,00     | 19.992,00                   |                                 | 80.299.470,55    | 883,27                     | 14.132,26                   | 2.685,13      | 16.817,39                   | 50.724.278,25    |
| 4314      | 1.200.000,00                     | 13    | 15.600.000,00        | 2.984.000,00 | 18.584.000,00               |                                 | 18.584.000,00    | 3.804.205,22               | 49.454.680,81               | 9.395.389,35  | 58.851.070,17               | 58.851.070,17    |
|           | 150.000,00                       | 24    | 3.300.000,00         | 684.000,00   | 4.284.000,00                |                                 | 4.284.000,00     | 448338,99                  | 10.764.935,79               | 2.045.337,69  | 12.810.273,59               | 12.810.273,59    |
| 4315      | 3.047,66                         | 2     | 6.058,32             | 1.158,11     | 7.215,43                    |                                 | 20.761.976,63    | 1547,18                    | 5.034,35                    | 987,93        | 6.652,28                    | 17.354.986,02    |
|           | 653,00                           | 2     | 1.208,00             | 248,14       | 1.556,14                    |                                 | 4.449.160,91     | 562,46                     | 1.124,32                    | 213,74        | 1.338,86                    | 3.832.269,84     |
| 4316      | 15,11                            | 80    | 1.208,80             | 229,57       | 1.438,47                    |                                 | 4.118.028,87     | 19,01                      | 1.520,80                    | 288,95        | 1.809,75                    | 5.180.921,83     |
|           | 66,72                            | 100   | 6.572,00             | 1.267,68     | 7.839,68                    |                                 | 22.729.557,11    | 66,53                      | 6.653,00                    | 1.264,07      | 7.317,07                    | 22.864.829,55    |
| 4317      | 103,09                           | 640   | 65.920,00            | 12.524,80    | 78.444,80                   |                                 | 224.570.204,54   | 95,64                      | 61.849,60                   | 11.751,42     | 73.801,92                   | 210.703.529,49   |
|           | 24,00                            | 80    | 1.920,00             | 364,88       | 2.284,88                    |                                 | 2652,72          | 6.540.879,74               | 28,04                       | 2.243,80      | 425,21                      | 2.569,41         |
| 2018      |                                  |       |                      |              |                             |                                 |                  |                            |                             |               |                             |                  |
| 4393      | 6.018,57                         | 6     | 48.148,56            | 9.148,23     | 57.296,79                   | 2.340,55                        | 166.506.963,95   | 5278,71                    | 42.229,68                   | 8.023,64      | 50.253,32                   | 147.792.498,10   |
|           | 1.050,00                         | 8     | 8.400,00             | 1.595,00     | 9.996,00                    |                                 | 29.297.736,20    | 883,27                     | 7.086,16                    | 1.342,57      | 8.408,73                    | 24.723.855,67    |
| 4394      | 6.018,57                         | 22    | 72.222,84            | 13.722,34    | 85.945,18                   |                                 | 252.761.475,94   | 5.278,71                   | 53.344,52                   | 12.035,48     | 75.379,96                   | 221.928.748,65   |
|           | 3.047,66                         | 48    | 146.287,89           | 27.794,66    | 174.092,34                  |                                 | 511.987.455,47   | 2.547,18                   | 122.284,84                  | 22.230,28     | 145.494,92                  | 427.893.289,58   |
| 4395      | 1.050,00                         | 12    | 12.600,00            | 2.394,00     | 14.994,00                   |                                 | 44.026.604,20    | 883,27                     | 10.599,24                   | 2.013,85      | 12.613,04                   | 37.094.483,50    |
|           | 653,00                           | 48    | 31.344,00            | 5.955,36     | 37.299,36                   |                                 | 109.695.552,79   | 562,46                     | 26.999,06                   | 5.129,84      | 32.127,72                   | 34.686.004,02    |
| 4426      | 3.565,76                         | 8     | 28.526,08            | 5.419,86     | 33.946,04                   |                                 | 102.024.808,79   | 2.990,20                   | 23.841,60                   | 4.529,69      | 28.371,50                   | 85.270.555,27    |
|           | 653,00                           | 8     | 5.224,00             | 992,58       | 6.216,58                    |                                 | 18.233.871,03    | 562,46                     | 4.439,88                    | 824,94        | 5.354,52                    | 16.093.308,01    |
| 4426      | 1.704,32                         | 4     | 8.817,28             | 1.295,28     | 9.112,56                    |                                 | 24.282.308,70    | 1.572,25                   | 6.289,00                    | 1.194,81      | 7.482,91                    | 22.492.891,51    |
|           | 7.041,73                         | 28    | 197.168,44           | 37.462,09    | 234.630,44                  |                                 | 705.181.798,24   | 6.176,09                   | 172.930,52                  | 32.856,80     | 205.787,32                  | 619.493.788,65   |
|           | 1.050,00                         | 28    | 29.400,00            | 5.556,00     | 34.296,00                   |                                 | 105.150.423,00   | 883,27                     | 24.731,56                   | 4.699,00      | 20.450,69                   | 66.453.537,26    |
|           | Fuente: Elaborado equipo auditor |       |                      |              |                             |                                 | 3.525.107.058,93 |                            |                             |               |                             | 3.306.835.514,56 |
|           |                                  |       |                      |              |                             |                                 |                  |                            |                             |               |                             | 316.471.554,57   |

<sup>34</sup> Subcarpeta “8. Facturas, Reporte de pagos y Calculos” CD anexos folio 7



Como se puede inferir, la diferencia entre estos dos aspectos para obtener el resultado del daño, no brinda certeza en la cuantificación de la lesión del patrimonio público representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, puesto que la oferta es una expectativa es una promesa donde se pone a la venta en el mercado a unos precios concretos, contrario sensu, con lo ejecutado por el contratista, que se pactaba con valores reales del mercado con la TRM.

Siendo pertinente precisar que la Tasa de Cambio Representativa del Mercado – TRM-, es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los Intermediarios del Mercado Cambiario dentro del horario que establezca el Banco de la República mediante reglamentación general.

La TRM es calculada diariamente y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia con base en la información disponible y la reglamentación expedida por el Banco de la República<sup>35</sup>.

En otras palabras, la TRM es la cantidad de pesos colombianos por un dólar de los Estados Unidos, y se calcula con base en las operaciones de compra y venta de divisas entre intermediarios financieros que transan en el mercado cambiario colombiano, con cumplimiento el mismo día cuando se realiza la negociación de las divisas.<sup>36</sup>

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene asignada la función de calcular y certificar la TRM, así como de divulgarla al mercado y al público en general,

<sup>35</sup> Artículo 40 Resolución Externa 1 del 25 mayo de 2018 de la Junta Directiva Banco de la República-Régimen de Cambios Internacionales:

**"Artículo 40. TASA DE CAMBIO REPRESENTATIVA DEL MERCADO.** Para los efectos previstos en esta resolución, la Tasa de Cambio Representativa del Mercado–TRM– es el promedio ponderado por monto de las operaciones de compra y venta de dólares de los Estados Unidos de América a cambio de moneda legal colombiana, pactadas para cumplimiento en ambas monedas el mismo día de su negociación, efectuadas por los intermediarios del mercado cambiario dentro del horario que establezca el Banco de la República mediante reglamentación general.

Para el cálculo de la TRM se deberán excluir las operaciones de derivados, así como las operaciones efectuadas por los intermediarios del mercado cambiario con entidades diferentes de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La TRM será calculada diariamente y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia con base en la información disponible y la reglamentación expedida por el Banco de la República.

En aquellos casos en que no se pueda calcular la TRM de acuerdo con los criterios que señale el Banco de la República, la TRM del día corresponderá a la última tasa calculada y certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia."

<sup>36</sup> Tomado <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>

conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución Externa 1 de 2018, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, la metodología establecida por el Banco de la República mediante Circular Reglamentaria DODM 146, el artículo 11.2.1.4.15 del Decreto 2555 de 2010 y la Resolución No.0416 de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Y acerca del cálculo de la TRM, y el motivo de la fluctuación de la misma, el Banco de la República<sup>37</sup>, explica de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa 1 de 2018 expedida por la Junta Directiva de esa Entidad de orden Nacional, lo que a continuación se transcribe:

*"Desde 1991 no existe en Colombia una tasa de cambio oficial; ninguna autoridad estatal fija el precio al cual se deban comprar o vender de manera obligatoria las monedas extranjeras. Por el contrario, en el país opera un esquema de flexibilidad cambiaria en el que el precio se encuentra determinado por la oferta y la demanda en el mercado de divisas y es acordado con libertad por cada una de las partes de la transacción (Resolución externa núm. 1 de 2018 de la Junta Directiva del Banco de la República).*

*Como referencia, la Superintendencia Financiera de Colombia calcula y certifica la tasa representativa del mercado (TRM), que corresponde a una tasa de referencia del mercado de divisas. No se trata de una tasa de cambio que deba aplicarse en forma obligatoria en los contratos, dado que las negociaciones de divisas en el país se hacen a la tasa libremente acordada por las partes. El cálculo y la certificación diaria de la TRM se efectúa con base en las operaciones registradas el día hábil anterior por los intermediarios del mercado cambiario (IMC).*

*A partir del 1 de noviembre de 2016 el Banco de la República obtiene la información de la tasa de cambio del peso colombiano que provee la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual suministra exclusivamente la tasa de cambio representativa del mercado (TRM).."*

Conforme a todo lo esbozado, se colige que la TRM es un indicador que representa el valor promedio diario de la tasa de cambio entre el dólar norteamericano y el peso colombiano, esto es representa la cantidad de pesos colombianos por un dólar de EEUU; y su cálculo<sup>38</sup> diario se obtiene como resultado de promediar las tasas de

<sup>37</sup> Tomado <https://www.banrep.gov.co/es/quien-calcula-tasa-representativa-del-mercado-trm-colombia-y-no-fijada-alguna-autoridad> <sup>34</sup>

<sup>38</sup> Tomado <https://actualicese.com/trm-conozca-sus-caracteristicas/> :  
*"Cálculo de la TRM*

*Para conocer la TRM es necesario calcular el promedio aritmético simple de las ponderadas de las operaciones de compra y venta de divisas que se transan en el mercado cambiario colombiano, con cumplimiento el mismo día en que se realiza la negociación de las divisas, efectuadas por intermediarios financieros como los bancos comerciales, corporaciones financieras, sociedades comisionistas de bolsa, compañías de financiamiento comercial, la Financiera Energética Nacional – FEN y el Banco de Comercio Exterior de Colombia –*

las operaciones de venta y compra de dólares estadounidenses del día. Así, la tasa oficial se publica antes de las 6 p.m. y su vigencia se extiende durante un día.

De Ahí, que reitera este Despacho, el cálculo efectuado por parte el equipo auditor para estimar el daño patrimonial ocasionado a UNE EPM TELECOMUNICAICONES, en razón al yerro en los porcentajes asignados para las ofertas pñr4erntdas por ELTEK y TECNOENERGÍA, dentro del proceso contractual CT-01689; basado en lo efectivamente cancelado por la Entidad a TECNOENERGÍA, y lo proyectado en la oferta por ELTEK, no resultaban comparables, pues en el primero los valores tuvieron como basamento la Tasa de Cambio Representativa del Mercado –TRM- al momento del pago de cada una de las facturas durante el año 2017 y 2018<sup>39</sup>, mientras en el valor de la oferta de ELTEK, dicho indicador no fue tenido en cuenta, menos calculado, conllevando a la falta de certeza de la lesión al patrimonio de UNE.

Como se ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, 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 patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o gravemente culposas atribuibles a un servidor público o persona que sea gestor fiscal, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

El daño patrimonial es requisito *sine qua non* para proceder a analizar la concurrencia de los otros dos, pues en palabras de Juan Carlos Henao:

*"El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se puede evaluar, hasta allí habrá de llegarse;..."*

---

BANCOLDEX. Para este cálculo, se incluyen las operaciones realizadas en las ciudades de Bogotá D.C., Barranquilla, Cali y Medellín, y se excluyen las operaciones de ventanilla y las de derivados sobre divisas.<sup>35</sup>

...

#### Vigencia de la TRM

La TRM tiene una vigencia de un día; sin embargo, cuando hay un día festivo en Estados Unidos y ese mismo día es hábil en Colombia, la TRM vigente durante dicho día será la misma para el día hábil siguiente; por tal razón, no se calcula la TRM con las operaciones realizadas en los días que sean festivos en los Estados Unidos..."

<sup>39</sup> Archivos "Reporte pagos 2017", "Reporte pagos 2018" y Facturas\_2017 y 2018" Subcarpeta "8. Facturas, Reporte de pagos y Calculos"-CD anexos folio 7



*... El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad<sup>40</sup>" -SNFT-*

Y expresamente dijo el Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de febrero de 2012<sup>41</sup>:

*“...es importante destacar que el elemento más importante es el daño, ... el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal sólo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud...”* –Subraya fuera de texto–.

De ahí, que se haya pregonado que el daño debe reunir como características la de ser: Ciento, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud<sup>42</sup>, como ya lo había sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia SU-620 de 1996:

*“Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud...”*

Es por tanto, indispensable que se tenga una certeza absoluta respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto, es necesario que la lesión al erario haya acaecido realmente, esto es, **que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable**<sup>43</sup>.

La certeza en el daño, es entonces uno de los elementos cardinales para que se pueda predicar la responsabilidad de un sujeto de control determinado, así lo ha enseñado de manera pacífica la jurisprudencia contenciosa administrativa, al señalar<sup>44</sup>:

*“(...) cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimiento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expedieron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000”*

<sup>40</sup> Juan Carlos Henao. El Daño. U. Externado de Colombia, 1998, pág. 35 ss.

36

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MOREO. 16 febrero de 2012. Radicación 25000-23-24-000-2001-00064-01. Bogotá D.C

<sup>42</sup> Sentencia SU-620 de 1996.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-0006401.

por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado.**" -NFT-

Adicionalmente, la certeza del daño al patrimonio público para actos de gestión fiscal de: adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes o recursos públicos; se materializa cuando el referido acto de gestión se efectúa en contravención con los principios de la gestión fiscal, **o no se cumple con el fin estatal buscado**, cuestión que implica de suyo una gestión ineficiente, ineficaz y antieconómica en el manejo del patrimonio público, y sólo una vez culmina la respectiva actuación administrativa. Ello a pesar de que la entidad cuente con acciones legales para subsanar las consecuencias económicas de la irregular gestión fiscal, por cuanto como se indicó en precedente, la acción fiscal es independiente y autónoma de otras acciones, en tanto se ocupa de escrutar el detrimento producto de la gestión fiscal indebida, aunado a la finalidad de obtener el resarcimiento del erario.

Razonar en contrario, significaría dar al traste con la finalidad de la acción de responsabilidad fiscal, en tanto devendría en una acción subsidiaria, -así como desvirtuar su independencia y autonomía–, y no estaría evaluando la gestión fiscal sino la gestión jurídica adelantada por la entidad cuestión que pugna con el objeto misional de esta Contraloría Distrital.

En ese orden de ideas, en el expediente se da cuenta del cumplimiento en el desarrollo del objeto contractual pactado el cual se demuestra en la carpeta digital donde se anexa la ejecución del contrato 4210000833, lo que se consuma que con la celebración y ejecución del contrato, la entidad obtuvo el cumplimiento de los fines estatales, y brindo la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Siendo oportuno en esta instancia traer lo señalado por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-620 de 1996, contempla frente al daño patrimonial al Estado:

*"(...) 6.3. La responsabilidad fiscal se declara a través del trámite del proceso de responsabilidad fiscal, entendido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares, por la administración o manejo irregulares de los dineros o servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario, por su conducta dolosa o culposa.*

*Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser **cierto**, especial, anormal y **cuantificable** con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, **sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio** (...)." Subrayas Negrillas Fuera de Texto*

Es claro que lo matiza los diferentes estadios del proceso de responsabilidad fiscal, desde la visión de los elementos de la responsabilidad fiscal y de la aprehensión probatoria, es el grado de certeza que va adquiriendo el Operador Fiscal sobre estos.

Por lo tanto para proferir auto de apertura, solo se requiere que el daño este determinado y cuantificado, identificados los presuntos responsables fiscales<sup>45</sup>; para proseguir con la imputación, se necesita que se halle objetivamente demostrado el daño, y testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados<sup>46</sup>; y para fallar, es indispensable tener certeza de la existencia del detrimento patrimonial, así como de la individualización y actuación cuando meno con culpa grave del gestor fiscal<sup>47</sup>.

En ese orden de ideas, esta Instancia se debe asegurar que en el pleno ejercicio de la competencia reglada, toda decisión debe ser suficientemente motivada y conforme a la realidad fáctica, pues ella debe reflejar un razonamiento lógico fundado en pruebas. Ello por cuanto así lo demandan las normas que inspiran el régimen probatorio del proceso de responsabilidad fiscal que a continuación se citan:

<sup>45</sup> Artículo 41 Numeral 4 Ley 610 de 2000

<sup>46</sup> Artículo 48 Ley 610 de 2000

<sup>47</sup> Artículo 53 Ley 610 de 2000

El artículo 22 de la Ley 610 de 2000 señala: “*Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso*”.

A su vez el artículo 23 de la Ley 610 de 2000 consagra que: “*El fallo con responsabilidad sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado*”.

Ahora bien, en el *sub lite*, según el Operador de la Primera Instancia consideró que no existió culpa grave, pero al hacerse el control jerárquico a la providencia se evidenciaron inconsistencias en los razonamientos que no permiten llegar a la misma conclusión que el operador del primer grado, pues evidencia falta de certeza en el daño patrimonial, teniendo entonces que se confirmará la decisión de fallar sin responsabilidad fiscal en favor de los presuntos responsables fiscales, pero por la falta del supuesto de certeza en el la lesión al patrimonio de la Entidad, como ya quedó sentado.

Llegado a este punto, concluye esta Superioridad, 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 LA PROVIDENCIA OBJETO DE CONSULTA PERO POR FALTA DE CERTEZA DEL DAÑO Y NO POR AUSENCIA DE CULPA GRAVE O DOLO COMO LO CONSIDERÓ EL AQUO**.

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

## RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR el FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL**, del 11 de diciembre de 2023, proferido en Audiencia de Decisión dentro del proceso verbal de responsabilidad fiscal con radicado 096 de 2019, por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, en favor de ERWIN ROBERTO DURCAN BORJA, identificado con cédula 72.253.332; LUIS FERNANDO MONTILLA TRESPALACIOS, identificado con cédula 79.448.736 y DIANA ANGELICA MÉNDEZ PINEDA, identificada con cédula 52.070.153. Conforme a la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

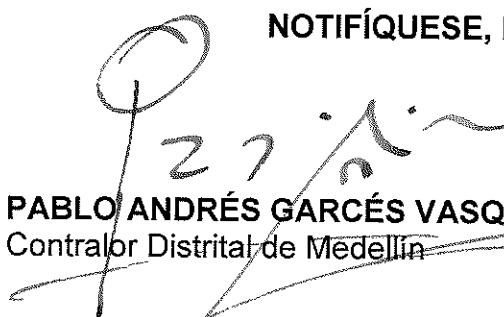


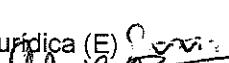
**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** la desvinculación de la compañía de seguros CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 860.026.518-6, en virtud de la póliza Nro. 38766.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR POR ESTADO** la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

**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 VASQUEZ**  
Contralor Distrital de Medellín

Revisó: Liliana María Álvarez Gómez, Jefe Oficina Asesora de Jurídica (E)   
Proyectó: Natalia Cardona Álvarez – Profesional Universitario 