

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N 015 DE 2024

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 028 DE 2017**

Medellín, cuatro (04) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Providencia Consultada:	Auto 779 del 19 de diciembre de 2023 , por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 028 de 2017.
Entidad Afectada:	EMPRESA DE DESARROLLO URBANO EDU , NIT. 800.223.337-6.
Presuntos Responsables:	<ul style="list-style-type: none"> - PUBLIOBRAS LTDA., con Nit. 900.215.138-6 –Contratista en el contrato de Obra 131 de 2015. - TM TRUJILLO MESA Y CIA S.A.S., con Nit. 900.368.469-5- Interventoría del Contrato de Obra 131 de 2015 - MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL, identificada con la cédula 21.386.058- Gerente General de la Empresa, para el momento de los hechos. - JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO, identificado con la cédula 71.647.969- Subgerente de Gestión de Proyectos de la Empresa, para el momento de los hechos. - JUAN FELIPE FERNÁNDEZ CORREA, identificado con la cédula 71.777.977- Arquitecto- Coordinador del Contrato de Obra 131 de 2015.
Garantes Vinculados	<ul style="list-style-type: none"> -ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con Nit. 860.524.654-6. - ACE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.026.518-6 - COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037013-6.
Hecho Investigado:	<i>"En el contrato de obra 131 de 2015, se evidencia que existe un mayor valor pagado a favor del contratista por concepto de seguridad social incluida en la AU pero que no fue pagada por el contratista a sus trabajadores".</i>
Cuantía:	Treinta y Un Millones Ochocientos Cuarenta y Siete Mil Ciento Cincuenta Ocho Pesos M.L. (\$31.847.158,00)
Procedimiento:	Ordinario.
Decisión:	CONFIRMA DECISIÓN CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.



I. COMPETENCIA

El Contralor Distrital de Medellín (Ad Hoc) **JORGE ALEJANDRO URIBE RODRÍGUEZ**, designado por el Honorable Concejo Distrital de Medellín, mediante Resolución 20247000248 del 14 de febrero de 2024¹, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 numeral 5 y 272 inciso 5 de la Constitución Política; las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; así como la Resolución 150 de 2021, modificada por la Resolución 482 de 2022 del Despacho del Contralor Distrital de Medellín; procede a conocer en Grado de Consulta la decisión de archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal **Radicado 028 de 2017**, adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva a través del **Auto 779 del 19 de diciembre de 2023**².

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

El 30 de enero de 2017, mediante Memorando 0477117-201700000655³, remitido por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 3 (hoy Distrito 3) de la Contraloría Distrital de Medellín, se dio traslado del siguiente hallazgo con presunta incidencia fiscal establecida en el Informe de Auditoría Regular EDU vigencia 2015, descrito por el equipo auditor, así:

“En el contrato 131 de 2015 cuyo objeto es Demolición, retiro de escombros y cerramiento de predio de la antigua cárcel del Buen Pastor, en el barrio San Javier en el municipio de Medellín. Presenta diferencias en el pago de la seguridad social en relación a días no laborados por el personal propuesto por el personal propuesto por el contratista descrito en el ANEXO N°5,1 “Formulario detallado de Administración y Utilidad –AU; en el cual se establece tanto la cantidad, como el tiempo de dedicación del personal profesional y técnico. El A.U. hace parte de la propuesta y por ende el valor contractual, por el contratista no lo está reconociendo a los trabajadores. Estas diferencias se originan en la verificación de las planillas de autoliquidación de aportes a la seguridad social.”

¹ Resolución 20247000248 del 14 de febrero de 2024¹, “Por medio de la cual se designa al Subcontralor Distrital de Medellín como funcionario Ad Hoc, para conocer de procesos de responsabilidad fiscal”

² Folio 347 a 348 cuaderno 2.

³ Visible a folios 1 a 3 del cuaderno 1.

A la par el personal profesional y técnico que desempeñó el cargo de Director residente y los Tecnólogos en construcciones civiles está afiliados a la seguridad social como trabajadores independientes y no a nombre de la empresa PUBLIOBRAS LTDA Tal y como lo especifica con el ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES de la LEY 789 de 2002.

Este hecho fue ocasionado por omisión en el control tanto de la interventoría como de la supervisión, de acuerdo con el manual de supervisión, coordinación e interventoría de la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU-, en el numeral 2.2.1 en el aparte f., por lo que se vulnera el principio de la gestión fiscal de eficiencia, por valor de \$31.847.158”.

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

La Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Distrito 3 de la Contraloría Distrital de Medellín, en el formato de traslado de hallazgo señaló como presuntos responsables a las siguientes personas:

Nombre **PUBLIOBRAS LTDA.**
Nit. 900.215.138-6
Cargo Contratista en el Contrato de Obra 131 de 2015

Nombre **TM TRUJILLO MESA Y CIA S.A.S.**
Nit. 900.368.469-5
Cargo Interventoría del Contrato de Obra 131 de 2015

Nombre **JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO**
Cédula 71.647.969
Cargo Subgerente de Gestión de Proyectos de la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU- para la época de ocurrencia de los hechos (Supervisor del Contrato de Obra 131 de 2015).

Nombre **JUAN FELIPE FERNÁNDEZ CORREA**
Cédula 71.777.977
Cargo Contratista Arquitecto - Coordinador del Contrato de Obra 131 de 2015

Nombre **MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL**
Cédula 21.386.058



Cargo

Gerente General de la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU- para la época de ocurrencia de los hechos.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como Entidad Estatal afectada se identificó a la **EMPRESA DE DESARROLLO URBANO –EDU**, identificada con NIT 800.223.337-6. Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Distrito de Medellín, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio.⁴

2.4. DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA

El daño patrimonial ocasionado a la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU- del Distrito de Medellín, identificada con Nit. 800.223.337-6, por la suma de **Treinta y Un Millones Ochocientos Cuarenta y Siete Mil Ciento Cincuenta Ocho Pesos M.L. (\$31.847.158)**.

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Se vinculó como tercero civilmente responsable a las siguientes Compañías Aseguradoras:

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS						
N° PÓLIZA	ASEGURADORA	TIPO DE PÓLIZA	VIGENCIAS		VALOR ASEGURADO	FL.
			DESDE	HASTA		
NB-100043833	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037013-6	Póliza de Garantía Única de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales en el Contrato de Obra 131 de 2015	19/05/2015	20/02/2016	\$641.128.865.80	CD

⁴ **Artículo 2 del Decreto 158 de 2002** proferido por el Municipio de Medellín, consagra que "La empresa Industrial y Comercial del Estado Empresa de Desarrollo Urbano "EDU", es una persona jurídica del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. Sus actuaciones se sujetarán a las reglamentaciones establecidas en la ley y en estos estatutos. Es, en consecuencia, sujeto de los derechos y obligaciones inherentes a la personalidad jurídica, de conformidad con las normas generales que para este tipo de entidades le sean aplicables.



COMPAÑÍAS ASEGURADORAS						
N° PÓLIZA	ASEGURADORA	TIPO DE PÓLIZA	VIGENCIAS		VALOR ASEGURADO	FL.
			DESDE	HASTA		
NB-100043833	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037013-6	Póliza de Garantía Única de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales en el Contrato de Obra 131 de 2015 (Modificación)	03/11/2015	23/02/2016	\$641.128.865.80	CD
NB-100004477	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037013-6	Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual Contrato de Obra Pública 131 de 2015	19/05/2015	20/02/2016	\$641.128.865.80	CD
NB-100004477	COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.037013-6	Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual Contrato de Obra Pública 131 de 2015 (Modificación)	19/05/2015	23/02/2016	\$641.128.865.80	CD
520-87-9940000000 06	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con Nit. 860.524.654-6	Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos	30/04/2015	30/04/2016	\$3.100.000.000	CD
520-87-9940000000 06 (prórroga)	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con Nit. 860.524.654-6	Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos	30/04/2016	30/05/2016	\$3.100.000.000	CD
520-87-9940000000 06 (renovación)	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con Nit. 860.524.654-6	Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos	30/05/2016	29/06/2016	\$3.100.000.000	CD
COMPAÑÍAS ASEGURADORAS						
N° PÓLIZA	ASEGURADORA	TIPO DE PÓLIZA	VIGENCIAS		VALOR ASEGURADO	FL.
			DESDE	HASTA		
21781	ACE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860.026.518-6	Póliza de Responsabilidad de Servidores Públicos	30/06/2016	29/06/2017	\$3.600.000.000	CD

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

1. Auto 227 del 26 de julio de 2017, iniciación de Indagación Preliminar Radicado 028-2017 (Folios 24 a 29).

2. Auto 282 del 6 de septiembre de 2017, comisiona a la Abogada NORA MARÍA CASTAÑEDA, para adelantar el Proceso con Radicado 028-2017 (Folio 30 a 31).
3. Auto 040 del 30 de enero de 2018, comisiona al Abogado CARLOS ARTURO CALLEJAS ZAPATA., para adelantar y tramitar el Proceso con Radicado 028-2017 (Folio 32 a 33).
4. Auto 068 del 16 de febrero de 2018, comisiona a la Abogada RUTH TATIANA PINO, para adelantar y tramitar el Proceso con Radicado 028-2017 (Folio 34 a 35).
5. Auto 516 del 27 de agosto de 2018, comisiona a la Abogada RUTH TATIANA PINO, para adelantar y tramitar el Proceso con Radicado 028-2017 (Folio 36 a 37).
6. Auto 628 del 29 de agosto de 2019, desglose del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 028-2017, en 6 (seis) nuevos procesos, con los Radicados: 070-2019, 071-2019, 072-2019, 073-2019, 074-2019 y 075-2019, correspondiéndole a esta investigación continuar con el Radicado 028-2017, después de desglosado (Folio 38 a 43).
7. Auto 729 del 01 de octubre de 2019, Apertura del proceso con Radicado 028-2017. (Folio 44 a 51).
8. Mediante Resolución 126 del 17 de marzo de 2020 *"Por medio de la cual se suspenden términos en los procesos y actuaciones administrativas que se adelanten en la Contraloría General de Medellín entre el 18 y 31 de marzo de 2020 como medida transitoria por motivos de salubridad pública"*, se suspenden los términos procesales a partir del día 18 y hasta el 31 de marzo de 2020 en los procesos de la entidad que requieren cómputo de términos, entre ellos, el de responsabilidad fiscal (folios 67 a 68).
9. Con Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se acata lo ordenado por el superior en el acto administrativo citado en precedencia (folio 69).
10. A través de la Resolución 143 del 27 de abril de 2020, *"Por la cual se suspenden términos dentro de las Indagaciones Preliminares Fiscales, los Procesos de Responsabilidad Fiscal, de Jurisdicción Coactiva, Disciplinarios y Sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín"*, se suspenden nuevamente los términos a partir del 27 de abril de 2020 hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria (folios 71 a 74).
11. Mediante la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020, se reanudan los términos procesales a partir de dicha fecha de las Indagaciones Preliminares Fiscales, los Procesos de Responsabilidad Fiscal, de Jurisdicción Coactiva, Disciplinarios y

Sancionatorios, que se adelanten en la Contraloría General de Medellín (folios 75 a 77).

12. Con Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se acata lo ordenado por el Superior en el acto administrativo precitado (folios 78 a 79).

13. A través del Auto 224 del 27 de mayo de 2021, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, comisionó a la Abogada Aida del Carmen Rodríguez Carmona para continuar con el trámite del proceso (folio 82).

14. Mediante Auto 389 del 05 de agosto de 2021, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, comisionó a la Abogada Elizabeth Montoya Díaz para continuar con el trámite del proceso (folio 83 a 84).

15. Versión libre por escrito de la señora MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL. (Folio 255 a 257).

16. Versión libre rendida de manera personal por el señor JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO, según Acta 069 del 21/03/2023. (Folio 270 a 272- CD-ROOM).

17. Auto 619 del 19 de septiembre de 2023, ordena práctica de pruebas (Folio 277 a 280).

18. Mediante Auto 726 del 15 de noviembre de 2023, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, comisionó al Abogado Andrés Felipe Palacio para continuar con el trámite del proceso (folio 298).

19. Mediante Auto 779 de 2023 se ordena el archivo del proceso a favor de los señores (as): **PUBLIOBRAS LTDA., con Nit. 900.215.138-6, Contratista** en el Contrato de Obra 131 de 2015, **TM TRUJILLO MESA Y CIA S.A.S., con Nit. 900.368.469-5, Interventoría** del Contrato de Obra 131 de 2015, **MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL**, identificada con la cédula 21.386.058, Gerente General de la Empresa, **JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO**, identificado con la cédula 71.647.969, Subgerente de Gestión de Proyectos de la Empresa y **JUAN FELIPE FERNÁNDEZ CORREA**, identificado con la cédula 71.777.977. Arquitecto - Coordinador del Contrato de Obra 131 de 2015, cargos que ostentaban al momento de los hechos y también favoreció a las Compañías Aseguradoras **Solidaria de Colombia**, NIT. 860.524.654-6- **ACE Seguros S.A.**, con NIT. 860.026.518-6- **Compañía Mundial de Seguros** identificada con Nit. 860.037013-6, en su condición de terceros civilmente responsables. (Folio 299 – 318).



20. Por medio del Memorando 1200 – 202300012846 del 21 de diciembre de 2023, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva remite el expediente al Despacho del Contralor Distrital de Medellín, para que se surta el Grado de Consulta y según constancia secretarial de esa misma fecha, el expediente es recibido en el Despacho del Contralor Distrital de Medellín para que se surta el grado de consulta (Folios 321 a 322).

21. Mediante Auto 115 de 2023 se manifiesta un impedimento dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 028-2017 y se ordena remitir el expediente al Procurador Regional de Antioquia para lo de su competencia. (Folios 323 a 324).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata del **Auto 779 del 19 de diciembre de 2023⁵**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva **ORDENÓ EL ARCHIVO** del proceso y como consecuencia de ello, favoreciendo a las compañías aseguradoras vinculadas en calidad de terceros civilmente responsables.

En primer lugar, el Operador Jurídico consideró las situaciones que llevaron a suscribir el Contrato de Obra Número 131 con **PUBLIOBRAS LTDA**, celebrado el 19 de mayo de 2015, pues a criterio del equipo auditor, comportó motivo de censura y objeto de traslado de hallazgo con incidencia fiscal la forma como el contratista contrató el personal para desarrollar el objeto del contrato de obra.

Sin embargo, advirtiendo que el Contrato de Obra 131 de 2015 en su cláusula segunda; expresaba las obligaciones del contratista, y que en ninguno de sus numerales se evidenciaba la forma en la que el contratista **PUBLIOBRAS LTDA.**, debía celebrar los correspondientes contratos laborales con el personal, es decir, si debían ser a término indefinido, a término fijo o por prestación de servicios, lo que sí se indicaba era que se debía contratar el personal cumpliendo las exigencias establecidas en la Ley, de conformidad con los numerales 9, 10 y 15 de la precitada cláusula segunda así:

⁵ Folio 299 a 318 cuaderno 1.



9. Proporcionar el personal requerido para el proceso durante el desarrollo del objeto contractual.
10. Contratar bajo su propia responsabilidad el personal incluido y requerido por el proyecto, cumpliendo las exigencias de ley para la contratación de personal y garantizando su idoneidad para la prestación del servicio.
15. Cumplir con todas las obligaciones laborales y las relativas a la seguridad social del personal. ⁶

CLÁUSULA SEXTA: VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato se fija en la suma de **TRES MIL DOSCIENTOS CINCO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/L (\$3.205.644.329) INCLUIDO AU.** (Administración y Utilidad), pues el I (Imprevisto), tendrá una disponibilidad independiente y se pagará solo cuando ocurran hechos demostrados por el contratista y aprobados por la interventoría y la EDU, que ameriten su pago, según lo establecido en las condiciones de contratación.

7

En cuanto al pago de la seguridad social y parafiscales entre otros compromisos que se adquirieron contractualmente para aquellos empleados que se fueran a contratar para la ejecución de la obra; indicó que parte del personal pagaba la seguridad social como trabajadores independientes, y en ese orden, era importante destacar en primer lugar que esa situación llevaba implícita la garantía de la seguridad, si bien era cierto de forma independiente, el contratista según lo estipulado, tenía la libertad contractual para vincular el personal necesario para desarrollar las actividades del contrato de obra, presumiéndose que los mismos fueran contratados por prestación de servicios, figura jurídica que era plausible, por cuanto se encontraba desarrollada en la Ley y con ello el contratista no se apartaba de dichos mandatos legales.

Ahora bien, en consonancia con el principio de la autonomía de la voluntad se pactó el componente del AIU suscitado entre las partes y al ponerse de presente el Anexo No. 5.1 del "FOMULARIO DE ANALISIS DETALLADO DE LA ADMINISTRACIÓN Y UTILIDAD (A.U.) Y VALOR TOTAL DE LA OFERTA"⁸; señalando por costo directo (\$2.708.384.868); es decir, los factores totales de la suma entre el total de la A + U (18.36% - \$497.259.461) más el costo directo (\$2.708.384.868), otorgan como resultado para el costo total: (\$3.205.644.330).

⁶ Documento denominado: 4_ETAPA CONTRACTUAL, extracto tomado de la página 4, el cual obra dentro del CD ROOM de folios 23.

⁷ Extracto tomado del documento denominado: CONTRATO, página 4, el cual obra dentro del CD ROOM de folios 23.

⁸ Extracto tomado del documento denominado: "Presupuesto y AU COSTO DIRECTO", CD ROOM folio 23.



MUNICIPIO DE MEDELLÍN
EMPRESA DE DESARROLLO URBANO - ECU

CONTRATO N° 34 CONTRATO INTRAADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE RECURSOS PARA LA GESTIÓN Y COORDINACIÓN CON EL OBJETO DE DEMOLICIÓN Y RETIRO DE ESCOMBROS DE LAS EDIFICACIONES, CONSTRUCCIONES Y PRESENCIAS ILICITAS PARA EL DESARROLLO Y ADAPTACIÓN DE LOS ESPACIOS DE LAS CIUDADELAS EMERGENTES.

DEMOLICIÓN, RETIRO DE ESCOMBROS Y CERRAMIENTO DEL PREDIO EN LA ANTIGUA CARCEL EL BUEN PASTOR, EN EL BARRIO SAN JAVIER, MUNICIPIO DE MEDELLÍN

INVITACIÓN ABIERTA

ANEXO No. 5.1 "FORMULARIO DE ANALISIS DETALLADO DE ADMINISTRACIÓN Y UTILIDAD (A.U.) Y VALOR TOTAL DE LA OFERTA"

Item	Concepto	Unidad	Cantidad	Valor Unitario	Valor Total	Porcentaje	Valor Total
5.3	Impuesto de la Seguridad 5% (del costo total incluido AU)					5,00%	\$ 100.282.217
	Administración		A	%	13,36%		\$ 361.840.218
	Utilidad		U	%	5,00%		\$ 135.419.243
	TOTAL AU (Suma de A + U)				18,36%		\$ 497.259.461
	COSTO DIRECTO						\$ 2.708.384.869
	COSTO TOTAL (Costo Directo + Total AU)						\$ 3.205.644.330

Siendo este componente del AIU, una forma de presentar el análisis de costos o precios de la oferta del contrato y existiendo libertad de las partes para utilizarlo y cuantificarlo en forma independiente al valor directo de la obra, bien como un porcentaje de la misma, o simplemente no discriminarlo e incorporarlo en el valor de los precios unitarios. No siendo este un elemento exclusivo de los contratos de obra, pues nada impide que de acuerdo a la naturaleza del contrato, las partes lo estipulen en forma expresa y concreta⁹.

Agrega el Concepto de esta Oficina Asesora de Jurídica del 23 de septiembre de 2022, donde a su vez, se citó el Concepto de la Contraloría General de la República CGR-OJ-PI-083 de 2022, cuando manifiesta:

"Obviamente, en la estructuración del precio o valor del contrato, las entidades estatales tienen autonomía para definir como estimarán el valor del contrato, el cual debe ser justificado de forma objetiva, esto es, con los respectivos estudios del sector y estudios previos. Aserción de esta instancia de consulta que se soporta de manera adicional en lo señalado, de manera reciente por la Contraloría General de la República en la cual, unificó su postura con relación al pago del denominado AIU y su justificación¹⁰.

"[...] en cualquier caso, se resalta que el ejercicio de su autonomía está limitado por la información reportada en el análisis del sector que será la que determine cuál es el valor máximo que pueden tener cada uno de sus ítems, así como el porcentaje máximo admisible por concepto de administración, imprevistos y utilidad, todos los cuales deberán tenerse en cuenta por los proponentes, al momento de presentar sus ofertas, so pena de superar los precios del mercado.

⁹ Sala de Consulta y del Servicio Civil, Concepto del 5 de septiembre de 2018, Radicado 2018-00124(2386)

¹⁰ Contraloría General de la República CGR -OJ -PI-083 de 2022.



Por lo tanto, la información del análisis del sector y como parte de éste, la consulta de precios del mercado, son los que determinan la utilidad habitual en transacciones o negocios de igual o semejante naturaleza y también son éstos los que permiten establecer el porcentaje estimado de la administración y de los imprevistos”.

Concluyendo que el AIU, en esencia, se pacta en los contratos de obra bajo la modalidad de precios unitarios, sin embargo no es impedimento para que se pacte en otros tipos de contratos o procesos de selección. Ya que en todo proceso de selección, se debe estructurar unos estudios previos que deben reunir los requisitos del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, en el cual se debe determinar el valor del respectivo contrato. Y cuando el valor del contrato se estructure por precios unitarios, se debe verificar y revisar cómo se calculó y se soportó los cálculos presupuestales en la estimación de aquellos, pues por disposición legal existe obligación de hacerlo.

Y seguidamente indicando:

“La Administración (A) como componente del costo indirecto, está comprendido por el valor de los arrendamientos, nóminas, pólizas, vigilancia y **seguridad social, pago de servicios públicos, entre otros**, en los que suele incurrir un contratista en la operación de un determinado contrato” (Negrillas y subrayas propias).

Así mismo, que el anterior concepto estaba en consonancia con lo expresado por el órgano de cierre en materia de lo contencioso, esto es, el H. Consejo de Estado donde expresó¹¹:

“En efecto, sobre el denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como por ejemplo, en los de obra, si bien la legislación contractual no tiene una definición de este concepto, ello no ha sido óbice para que en torno a los elementos que lo integran se señale lo siguiente:

“...la utilidad es el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato y por costos de administración se han tenido como tales los que constituyen costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista; el porcentaje para imprevistos, como su nombre lo indica, está destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato. Es usual

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 14 de octubre 2011, rad. 05001-23-26-000-1997-1032-01 (20811), CP Ruth Stella Correa Palacio.

en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato.

Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera 'como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura' para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios (...)

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste...¹² (Subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la jurisprudencia el AIU propuesto para el contrato, corresponde a:

- i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: A;*
- ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presentan durante la ejecución del contrato, esto es, el alea normal del contrato: I;*
- iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U.*

Ahora, teniendo en cuenta que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el A.I.U., cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, las condiciones del mercado, la naturaleza del contrato a celebrar, entre otros factores, establece su estructura de costos conforme a la cual se compromete a ejecutar cabalmente un contrato en el caso de que le sea adjudicado".

Precisado lo anterior, y con base en el material probatorio obrante en el expediente, el funcionario instructor concluyó que en el caso bajo estudio quedó establecida la inexistencia de daño en el hecho investigado, al señalar que al pactarse el componente AU **en porcentaje en concreto y de forma globalizada**, dan cuenta de estar alineados a los conceptos aludidos y al encontrarse las planillas de pago de la

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2003, Exp. 17554, CP Ramiro Saavedra Becerra.

seguridad social del personal que laboró para el contratista, dan cuenta que se garantizaron las obligaciones con el personal, si bien no estaban organizadas en forma cronológica, si se tiene que la seguridad social fue cancelada a través de la plataforma “enlace operativo y SOI”¹³

Con fundamento en lo anterior, el funcionario de Primera Instancia concluyó que no cabe duda de que son suficientes los argumentos fácticos y jurídicos esbozados para establecer la inexistencia del daño en el hecho investigado, pues atendiendo a los presupuestos que prescribe el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, es evidente que en el asunto en concreto se encuentra acreditado que en la ejecución del Contrato 131 de 2015, ni el contratista, ni los presuntos responsables, generaron perjuicio alguno al erario pues finalmente la relación contractual del componente AU fue ejecutada tal cual se pactó y se realizaron los pagos a la seguridad social, en consecuencia los compromisos contractuales adquiridos por las partes fueron ejecutados en legal y debida forma.

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

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

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

¹³ Visible a folios 287 al 296, del cuaderno 2.





*la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.*¹⁴.

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

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

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

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

¹⁴ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la Primera Instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis 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 - 619/02.

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional¹⁵ y la Ley¹⁶.

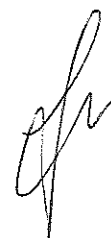
Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente, son:

- 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..."*.

¹⁵ Sentencia SU 620 de 1996

¹⁶ Ley 610 de 2000



4.2. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El *a quo* para ordenar el archivo del proceso de responsabilidad fiscal sostuvo que no concurrió el elemento del daño patrimonial, en el Contrato de Obra 131 de 2015, por parte del contratista **PUBLIOBRAS LTDA.**, y de la interventoría **TM TRUJILLO MESA Y CIA S.A.S.**, además por los servidores para la época de los hechos **MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL**, **JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO** y **JUAN FELIPE FERNÁNDEZ CORREA**, quienes intervinieron en los hechos que llevaron a que el contratista cancelara el pago de la seguridad social en relación a días no laborados por el personal propuesto para la ejecución de la obra, por valor de **\$31.847.158**.

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: **4.2.1.** El daño patrimonial al Estado **4.2.2** Concepto de AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad) y **4.2.3.** Análisis del caso concreto.

4.2.1. El daño patrimonial al Estado, y sus características.

El daño es uno de los conceptos más elaborados y trabajados de la doctrina perteneciente a la responsabilidad contractual y extracontractual, motivo por el cual, son múltiples los autores que lo han abordado, con el objeto de determinar conceptualmente su definición, tipologías, cuantificación y consecuencias.

El Artículo 6° de la Ley 610 de 2000, hace referencia a lo que es el daño patrimonial del Estado en materia de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

“Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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”.

Por su parte, el ex magistrado de la Corte Constitucional, doctor Juan Carlos Henao, en su texto “EL DAÑO – Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”, Ed. Universidad Externado de Colombia, páginas 35 y 36 sostiene:

“Con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, con el doctor Hinestroza, 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 llegarse; 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””.

Ahora, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-620, 13 de noviembre de 1996, expediente T-84714, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, precisó¹⁷:

*“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”.* (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, puede señalarse que el daño en materia fiscal sigue en principio los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales establecidos para el daño en general, y sin la producción del mismo, no tiene razón de ser la acción fiscal, en tanto que ésta tiene una finalidad resarcitoria al perseguir la compensación del daño causado al Estado por parte del gestor fiscal.

De otro lado, 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 determinable¹⁸.

4.2.2 Concepto de AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad)

El concepto del AIU (Administración, Imprevistos y Utilidad), es utilizado en contratos de construcción y es indispensable definirlo para conocer el riesgo y la seguridad que se tiene al ejecutar e iniciar un presupuesto de obra.

¹⁷ Tesis que fue reiterada en la Sentencia C-840 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸ Véase: Consejo de Estado, Sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01; Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01; y Consejo de Estado, Sentencia del 1 de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

Podría decirse en principio que el AIU es una estipulación de carácter contractual que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, orientada a cumplir satisfactoriamente el principio de planeación, teniendo en cuenta que el proceso de construcción de una obra es una actividad compleja, y que no es fácil garantizar que se puedan prever todas las situaciones que eventualmente podrían afectar económicamente su ejecución.

Aunque no se tiene jurisprudencialmente una definición legal del AIU, el Consejo de Estado ha definido el AIU como un porcentaje de los costos directos destinados a cubrir: *i) los gastos de administración (A) –que comprende los gastos de dirección de obra, gastos administrativos de oficina, etc.–; ii) los Imprevistos (I) –que corresponde a un porcentaje destinado a cubrir los gastos que surjan y que no fueron previstos–, y iii) las utilidades (U) –que corresponde a la remuneración propiamente dicha del contratista por su trabajo–¹⁹ (Subrayas fuera de texto)*

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia los costos del rubro Administración es el ejercicio que le corresponde desarrollar al contratista, en el cual debe considerar factores o gastos en que debe incurrir para ejecutar el objeto contractual, tales como arriendo, honorarios de personal administrativo o especializado, servicios públicos y comunicaciones, entre otros.

Así mismo, respecto de la naturaleza de AIU, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante Concepto 017713 del 6 de julio de 2010 manifestó lo siguiente:

El AIU forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato. En la doctrina se ha entendido que el concepto del AIU corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde:

"Administración: comprende los gastos para la operación del contrato, tales como los de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.; Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista y Utilidad: la ganancia que espera recibir el contratista" (Subrayas nuestras)

Llegado a este punto, se puede predicar, que el contratista debe calcular los costos de administración como experto del negocio, el cual hace parte de la oferta presentada cuyo contenido resulta vinculante para él y para la entidad pública, pues sobre las condiciones de la misma se lleva a cabo la selección de su oferta como la más


¹⁹ Concepto CGR -0J-186 - 2019

favorable a los intereses de la respectiva entidad. Por lo tanto, los costos de administración no surgen de forma inesperada durante la ejecución del contrato; su presupuesto se realiza desde la confección del negocio por parte del oferente, al cual le corresponde verificar y considerar todos y cada uno de los aspectos que puedan incidir en su determinación.

4.2.3. Consideraciones del Despacho - Análisis del Caso Concreto

En el caso concreto, se investiga el hecho, en abril de 2015, la EDU (Empresa de Desarrollo Urbano Municipio de Medellín) abrió el proceso de Invitación Abierta 3 de 2015, mediante el cual se invitó a presentar ofertas para “*Demolición, Retiro De Escombros y Cerramiento de Predio de la antigua Cárcel Del Buen Pastor, en el Barrio San Javier en el Municipio De Medellín.*”, consagrando en los estudios previos en el ítem 5.2. “*Personal Requerido*” que: “*Sin perjuicio del personal mínimo exigido en el presente numeral, el adjudicatario podrá establecer el número de personas a utilizar en el desarrollo de los trabajos, de acuerdo con el enfoque de la organización que le dé a los mismos, pero debe garantizar la realización de estos y por tanto los oferentes deben tener en cuenta todo el personal al calcular el valor de la oferta*”. (Subrayas nuestras).²⁰

Es así como se evidencia en el documento denominado como “*1_ETAPA PREPARATORIA*”²¹, el presupuesto oficial establecido por la EDU, para la celebración del contrato en cita, y en el mismo se estableció lo siguiente:

		FICHA TÉCNICA PARA EL INICIO DE PROCESOS DE CONTRATACIÓN	
Código: FA10-14	Versión: 04	Fecha: 22-05-2013	Página 2 de 39

PRESUPUESTO OFICIAL		
VALOR DISCRIMINADO	VALOR TOTAL	RUBRO PRESUPUESTAL
Costo Directo \$ 2.850.902.274	Valor Obra + AU \$ 3.374.613.022	CDP No 767 del 28 de abril de 2015
AU del 18.37% \$ 523.710.748		

Teniéndose entonces un porcentaje para el **AU del 18.37%**, correspondiéndole un valor por este concepto de **\$523.710.748**, arrojando como presupuesto oficial la sumatoria del **Valor Obra + AU para un total final de \$3.374.613.022**.

²⁰ Folio 157- Cuaderno 1

²¹ Documento que fue extraído de la plataforma de MERCURIO de la Contraloría Distrital de Medellín, documento: *1_ETAPA PREPARATORIA*.

²² Extracto tomado del documento denominado: *1_ETAPA PREPARATORIA*.



Situación anterior sustentada en el principio de autonomía de voluntad de las partes, para sostener que en tratándose de contratos estatales pactados bajo la modalidad de AIU, la determinación del componente Administración (A), no escapa a esa liberalidad, de ahí, que indique, sustentado en el Concepto del Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil Radicado 2018-00124 (2386) del 5 de septiembre de 2018:

“es una forma de presentar el análisis de costos o precios de la oferta y del contrato y es de la libertad de las partes utilizarlo y cuantificarlo en forma independiente al valor directo de la obra, o como un porcentaje de la misma o, simplemente, no discriminarlo e incorporarlo en el valor de los precios unitarios...”

Surtido el anterior proceso de invitación pública, dio origen al Contrato 131 de 2015 suscrito entre la EDU y el Contratista PUBLIOBRAS LTDA, el plazo de ejecución fue fijado 90 días calendario y el precio del Contrato fue pactado por un valor de **\$3.205.644.329 INCLUIDO AU.**, tal como se puede apreciar en la participación a la invitación abierta por parte de **PUBLIOBRAS LTDA** y posterior suscripción del contrato, así:

MUNICIPIO DE MEDELLÍN
EMPRESA DE DESARROLLO URBANO - EDU


CONVENIO N° 54 CONTRATO INTERADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE RECURSOS PARA LA GERENCIA Y COORDINACIÓN CON EL OBJETO DE DEMOLICIÓN Y RETIRO DE ESCOMBROS DE LAS EDIFICACIONES, CONSTRUCCIONES Y PREEXISTENCIAS NECESARIAS PARA EL DESARROLLO Y ADAPTACIÓN DE LOS DISEÑOS DE LAS CIUDADES UNIVERSITARIAS

DEMOLICIÓN, RETIRO DE ESCOMBROS Y CERRAMIENTO DEL PREDIO EN LA ANTIGUA CARCEL EL BUEN PASTOR, EN EL BARRIO SAN JAVIER, MUNICIPIO DE MEDELLÍN

INVITACION ABIERTA

ANEXO No. 5.1 "FORMULARIO DE ANALISIS DETALLADO DE ADMINISTRACION Y UTILIDAD (A.U.) Y VALOR TOTAL DE LA OFERTA"

Item	Descripción	Unidad	Cantidad	Valor/Unidad	Factor Preferencial	Deducción	Margen	Valor
8,3	Impuesto de la Seguridad 5% (del costo total incluido AU)						5,00%	\$ 160.282.217
	Administración				A	%	13,36%	\$ 361.840.218
	Utilidad				U	%	5,00%	\$ 135.419.243
	TOTAL AU (Suma de A + U)						18,36%	\$ 497.259.461
	COSTO DIRECTO							\$ 2.708.384.868
	COSTO TOTAL (Costo Directo + Total AU)							\$ 3.205.644.330

 <p>ed Empresa de Desarrollo Urbano Medellín</p>	CONTRATO DE OBRA PÚBLICA NÚMERO 131 DE 2015 (MAYO 19)
--	--

CONTRATANTE: NIT:	EMPRESA DE DESARROLLO URBANO -EDU- 800.223.337-6
CONTRATISTA NIT:	PUBLICOBRAS LTDA 900.215.138-6
OBJETO:	DEMOLICIÓN, RETIRO DE ESCOMBROS Y CERRAMIENTO DEL PREDIO EN LA ANTIGUA CARCEL EL BUEN PASTOR, EN EL BARRIO SAN JAVIER, MUNICIPIO DE MEDELLÍN
PLAZO:	90 DÍAS CALENDARIO
VALOR:	\$ 3.205.644.329 INCLUIDO AU

Ahora bien, en la ejecución del Contrato, el Equipo Auditor observó que se presentaron "... *diferencias en el pago de la seguridad social en relación a días no laborados por el personal propuesto por el contratista descrito en el ANEXO N°5,1 "Formulario detallado de Administración y Utilidad –AU; en el cual se establece tanto la cantidad, como el tiempo de dedicación del personal profesional y técnico. El A.U. hace parte de la propuesta y por ende el valor contractual, por el contratista no lo está reconociendo a los trabajadores. Estas diferencias se originan en la verificación de las planillas de autoliquidación de aportes a la seguridad social.*

A la par el personal profesional y técnico que desempeñó el cargo de Director residente y los Tecnólogos en construcciones civiles está afiliados a la seguridad social como trabajadores independientes y no a nombre de la empresa PUBLICOBRAS LTDA Tal y como lo especifica con el ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES de la LEY 789 de 2002.

Este hecho fue ocasionado por omisión en el control tanto de la interventoría como de la supervisión, de acuerdo con el manual de supervisión, coordinación e interventoría de la Empresa de Desarrollo Urbano –EDU-, en el numeral 2.2.1 en el aparte f., por lo que se vulnera el principio de la gestión fiscal de eficiencia, por valor de \$31.847.158".

De consuno con lo anterior, se cuenta con los argumentos defensivos expuestos por los implicados, que aunque las versiones libres no tienen el mérito para acreditar los hechos que interesan al proceso por cuanto no constituyen un medio probatorio –en tanto se reciben libres de toda amonestación o juramento y debe garantizar la no autoincriminación–, sí sirven para ilustrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos investigados, veamos:

La señora **MARGARITA MARÍA ÁNGEL BERNAL**, en calidad de Gerente General de la Empresa de Desarrollo Urbano de Medellín-EDU para la época de los hechos, quien presentó versión libre por escrito el 2 de marzo de 2023²³ manifestó:

“El informe de auditoría de la Contraloría se habla de omitir el reconocimiento a los trabajadores de la seguridad social. Sobre esto aclara que siempre he entendido que lo de la seguridad social son costos que se entregan a los entes y organismos encargados de su administración y nunca a los trabajadores. En una revisión a las actas de pagos parciales del contrato se encuentran certificaciones de paz y salvo en materia de pagos de seguridad social suscritas por el contador y la revisoría fiscal del contratista, por lo que me atrevo a contradecir lo dicho por la Contraloría en el sentido de que se cumplió con la vigilancia de este aspecto, se aportaron las pruebas y con base en ello se produjeron los desembolsos.”

Por su parte el señor **JORGE IGNACIO MONTOYA DELGADO**, en calidad de Subgerente para la época de los hechos, en su versión libre presencial en diligencia del 21 de marzo de 2023²⁴ expresó: (minuto 15:26 y en el minuto 21:05)

“...los contratistas deben adjuntar una relación por parte del revisor fiscal de la empresa contratista donde certifica dar fe que se encuentran a paz y salvo con los trabajadores con el personal de la obra por concepto de seguridad social y aportes parafiscales, esto es un tema sin el cual no se podía generar ningún trámite respecto a las actas de obra para el pago respectivo.

Y más adelante agrega:

“... a mí lo que me llega es sencillamente un documento donde la interventoría y la supervisión digamos avalan que efectivamente se hayan cumplido todas esas condiciones, yo directamente no hago esa verificación porque tanto la interventoría en primera instancia, como también de los supervisores asignados por la EDU, para que validen esta información.

De otro lado, en cuanto a la prueba documental obra en el dossier en forma clara del folio 287 a 293 planilla integrada autoliquidación aportes –comprobante de pago de y certificado de aportes las siguientes personas y cargos:

- a. Director Residente: Isabel Ossa Vanegas (mayo, junio, julio)
- b. Tecnólogo 1: José Venancio Ruiz Pulido. (junio, julio, agosto)
- c. Tecnólogo 2: Giovanni Álvarez Suarez (junio).

²³ Folio 255 a 257 cuaderno 2

²⁴ Folio 270 a 271 cuaderno 2



Así mismo a **folio 286 vto**, mediante Oficio 20233008684 del 04 de octubre de 2023 el Gerente General de la EDU., señor Raul Eduardo Morales Vallejo, manifiesta:

"Igualmente es pertinente manifestar que, los comprobantes de egreso correspondientes al contrato de la referencia cuentan con documentos llamados paz y salvo o certificados de aportes al sistema, a través de los cuales se le certifico a la EDU que se encontraban al día con relación a las obligaciones asociadas a la afiliación y los pagos de los aportes del personal; documentos que, fueron previamente revisados y avalados por la firma interventoria de la obra TM TRUJILLO MESA Y CIA S.A.S."

Así mismo a **folio 294** se encuentra *acta de recibo final de trabajos* del Contrato 131 de 2015, la cual fue firmada el 28 de octubre de 2015, donde se da por recibido los servicios descritos y realizados por el contratista, de acuerdo a lo especificado en el contrato de la referencia.

Detallando que en la ejecución del proyecto, el contratista tuvo a su cargo el siguiente personal profesional, certificando el tiempo de dedicación y duración del personal en obra, así

En la ejecución del proyecto, el contratista tuvo a su cargo el siguiente personal profesional:

CARGO	DESEMPEÑADO POR	DEDICACIÓN	DURACIÓN	FECHA DE INICIO Y TERMINACIÓN
DIR RESIDENTE.	ISABEL OSSA VANEGAS	COMPLETA	3 MESES	26/05/2015 AL 26/08/2015
TECNOLOGO.	JOSE VENANCIO RUIZ PULIDO	COMPLETA	3 MESES	26/05/2015 AL 26/08/2015
TECNOLOGO.	GIOVANNI ALVAREZ SUAREZ	COMPLETA	3 MESES	26/05/2015 AL 26/08/2015
ING. AMBIENTAL.	ANDREA ROJAS URZOLA	COMPLETA	3 MESES	26/05/2015 AL 26/08/2015
TEC SEGURIDAD.	SUSANA RIOS.	COMPLETA	3 MESES	26/05/2015 AL 26/08/2015

Así mismo se adjunta a **folios 295 a 297**, los paz y salvo o certificados de aportes al sistema a través de los cuales se le certificó a la **EDU** que se encontraban al día con relación a las obligaciones asociadas a la afiliación y los pagos de los aportes del personal que se encontraba durante la ejecución de la obra.

Llegado hasta aquí, y en una valoración racional de las pruebas en conjunto, a través de la sana crítica y la persuasión racional²⁵ en contraste del daño como elemento de la responsabilidad fiscal²⁶ y el concepto del **AIU** (Administración, Imprevistos y Utilidad), arriba mencionadas por este Despacho, en sede de Grado de Consulta, es necesario referirnos a las siguientes aclaraciones y premisas:

En cuanto al hecho que el personal profesional y técnico que desempeñó el cargo de Director residente y los tecnólogos en construcciones civiles están afiliados a la seguridad social como trabajadores independientes y no a nombre de la empresa **PUBLIOBRAS LTDA.**, es de advertir que en el Contrato de Obra 131 de 2015, concretamente en su cláusula segunda en cuanto a las obligaciones del contratista, como lo advirtió la Primera Instancia en ninguno de sus numerales se observa o evidencia la forma en la que el contratista **PUBLIOBRAS LTDA.**, debe vincular el personal para la ejecución de la obra, bien sea a: término indefinido, término fijo o por prestación de servicio, lo que sí se detalla en el mismo, es que se debe contratar el personal cumpliendo las exigencias establecidas en la Ley y que el personal requerido para la ejecución de la obra sería bajo su responsabilidad; entre ellas el cumplimiento de las obligaciones laborales y así se evidencia en los numerales 9, 10 y 15 de la precitada cláusula segunda así:

9. Proporcionar el personal requerido para el proceso durante el desarrollo del objeto contractual.
10. Contratar bajo su propia responsabilidad el personal incluido y requerido por el proyecto, cumpliendo las exigencias de ley para la contratación de personal y garantizando su idoneidad para la prestación del servicio.
15. Cumplir con todas las obligaciones laborales y las relativas a la seguridad social del personal. ²⁷

Lo otro que observa esta Superioridad frente a la configuración y estimación del daño ocasionado al erario de la **EDU**, es que si bien el auditor es claro en advertir que se presentan diferencias en el pago de la seguridad social en relación a días no laborados por el personal propuesto por el contratista, pero esta situación no se pudo demostrar, por el contrario se pudo evidenciar que en las obligaciones entre las partes y específicamente en el componente de la **AU** la seguridad social quedó garantizada para los trabajadores de la obra, indistintamente como hubiese sido

²⁵ Artículo 26 de la Ley 610 de 2000.

²⁶ Ley 610 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

²⁷ Documento denominado: 4_ETAPA CONTRACTUAL, extracto tomado de la página 4, el cual obra dentro del CD ROOM de folios 23.

pagada, toda vez que el contrato de obra no supeditó a una forma determinada la vinculación laboral del personal mediante la cual se tuviera una relación con los trabajadores.

Corroborándose lo anterior, en el acta de recibo final de trabajos del Contrato 131 de 2015, firmada el 28 de octubre de 2015, en la cual se certifica la permanencia en obra por tiempo completo y por tres meses de la Directora Residente Isabel Ossa Vanegas, del Tecnólogo 1 José Venancio Ruiz Pulido y del Tecnólogo 2 Giovanni Álvarez Suárez²⁸, así mismo que se encuentran de las anteriores personas las planillas de autoliquidación de aportes como comprobantes de pago²⁹ y los paz y salvo o certificados de aportes al sistema a través de los cuales se le certificó a la **EDU** que se encontraban al día con relación a las obligaciones de seguridad social por parte del contratista **PUBLIOBRAS LTDA**³⁰.

Así las cosas, el Contrato de Obra No. 131 de 2015, fue pactado por un valor de **\$3.205.644.329 INCLUIDO AU.**, estableciéndose desde la etapa precontractual que el adjudicatario podía establecer el número de personas a utilizar, debiéndose garantizar el desarrollo de los trabajos y sin determinar cuál sería el tipo de vinculación en la ejecución de las obras.

Llegado a este punto, se puede predicar, que el contratista debe calcular los costos de administración como experto del negocio, el cual hace parte de la oferta presentada cuyo contenido resulta vinculante para él y para la entidad pública, pues sobre las condiciones de la misma se lleva a cabo la selección de su oferta como la más favorable a los intereses de la respectiva entidad. Por lo tanto, los costos de administración no surgen de forma inesperada durante la ejecución del contrato; su presupuesto se realiza desde la confección del negocio por parte del oferente, al cual le corresponde verificar y considerar todos y cada uno de los aspectos que puedan incidir en su determinación.

Situación anterior que fue cumplida por el contratista **PUBLIOBRAS LTDA.**, tal y como se detallada en el acta de recibo final de trabajos del 28 de octubre de 2015, es decir evidenciándose el cumplimiento del objeto contractual con el personal dispuesto por el contratista.

Sin más consideraciones, es importante destacar que la **EDU**, en los estudios previos tenía presupuestado un personal en obra, el cual se encontraba previsto en el **ANEXO N°5,1 "Formulario detallado de Administración y Utilidad –AU"**; en el cual se estableció

²⁸ folio 294

²⁹ folio 287 a 293

³⁰ folios 295 a 297

tanto la cantidad, como el tiempo de dedicación del personal profesional y técnico, haciendo parte el **A.U.** de la propuesta y por ende del valor total de contrato, el cual fue ejecutado y terminado por el contratista conforme a lo suscrito en el Contrato 131 de 2015.

Consecuente con lo anterior, concluye el Despacho, en sede de Consulta, que al no evidenciarse el elemento del daño patrimonial, no es posible entrar a la etapa de imputación del proceso de responsabilidad prevista en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, y por lo tanto lo procedente es dar aplicación o lo ordenado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, así:

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

Bajo estas consideraciones, se procede a **CONFIRMAR** el **Auto 779 del 19 de diciembre de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del **Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 028 de 2017**.

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

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto se

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto 779 del 19 de diciembre de 2023**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 028 de 2017**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.



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

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

ARTÍCULO 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

JORGE ALEJANDRO URIBE RODRÍGUEZ

Subcontralor en asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Juan Sebastián Gómez Patiño – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

