

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 017 DE 2024

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA Y UN RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 045 DE 2019

Medellín, siete (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Objeto Decisión Despacho Contralor:	<ol style="list-style-type: none">Conocer en grado de consulta de una decisión de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal proferida mediante Auto 773 de 13 de diciembre de 2023 (Fallo sin responsabilidad fiscal).Decidir la apelación contra el Auto 773 de 13 de diciembre de 2023 (Fallo con responsabilidad fiscal).
Entidad Afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P.-NIT 890.904.996-1.
Hechos Investigados:	<p>Conforme al hallazgo N° 6 del Informe definitivo de Auditoría Regular vigencia 2017, remitido bajo Memorando 201900000994 del 11 de febrero de 2019, por la Contraloría Auxiliar de Auditoria Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, el grupo auditor determinó hallazgo Fiscal en cuantía de \$341.922.717, por autorización de pago presuntamente irregular dentro del Contrato de Obra CT-2013-001960, por los siguientes conceptos de administración:</p> <ul style="list-style-type: none">- Pago por mayor permanencia en obra, por 104 días según la ampliación No.2 al Contrato (AMB # 2), los cuales según se indica en el Auto de Apertura, se reconocieron sin concepto favorable de la interventoría, sin análisis jurídicos y técnicos, ni soportes que permitieran a EPM apartarse de lo conceptuado por la firma interventora. Ello en cuantía de \$221.794.077.- Pago por mayor permanencia en obra, por concepto de Otros Gastos de Otros Gastos (sic), los cuales, según se indica en el Auto de Apertura, se reconocieron, sin que el contratista los hubiera desglosado de su propuesta inicial, lo que no permitió determinar qué conceptos y valores comprendía, y no evidenciándose soportes que demostrarán el perjuicio ocasionado. En cuantía de \$78.122.219.

	<p>-Reconocimiento por mayor permanencia en obra, por concepto de transporte de material, los cuales, según se indica en el Auto de Apertura, se reconocieron, sin que se hayan demostrado ni soportado, y que según la interventoría debieron ser parte de los costos directos. En cuantía de \$35.787.477,51.</p> <p>- Reconocimiento por subejecución, por concepto de transporte de material. Los cuales, según se indica en el Auto de Apertura, se reconocieron, no obstante, según la interventoría debieron ser parte de los costos directos del contrato, en cuantía de \$6.218.942,55.</p>
Cuantía del Daño:	SESENTA MILLONES CIENTO OCHO MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M.L. (\$60.108.803)-INDEXADO.
Imputados:	WILSON CHINCHILLA HERRERA C.C. 88.136.235 JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ C.C. 7.161.055 CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO C.C. 43.562.935.
Garante:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con NIT 890.903.407-9., en virtud de la póliza de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores 0475631-6, con vigencia del 30 de septiembre de 2018 al 20 de marzo de 2020.
Decisión Primera Instancia:	1. Fallo sin responsabilidad fiscal 2. Fallo con responsabilidad fiscal
Procedimiento:	Ordinario de doble instancia ¹
Temas y Subtemas	Costos Directos- Costos Indirectos (AIU)- Autonomía de la Voluntad de las partes en la Contratación Estatal.
Decisión en Grado de Consulta:	REVOCA. Ordena devolver el expediente al lugar de origen para lo de su competencia, toda vez que se estableció que los hechos investigados no constituyen daño patrimonial.

¹ De acuerdo con el artículo 110 de la ley 1474 de 2011, el proceso de responsabilidad fiscal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de doble instancia cuando supere la suma señalada. No obstante, en este caso se tiene como entidad afectada a Empresas Públicas de Medellín-EPM, la cual conforme a su naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado, no tiene establecidas cuantías para contratación en atención a su régimen privado. Por lo anterior, no es la cuantía del daño lo que determina si el proceso es de única o doble instancia, y es así como en aras de garantizar el debido proceso y el derecho a la contradicción, en el auto de imputación (Auto 722 de 14 de noviembre de 2023), se determinó que el proceso de responsabilidad fiscal 045 de 2019, sería de doble instancia.

I. OBJETO DE LA PRESENTE DECISIÓN: GRADO DE CONSULTA Y APELACIÓN

El Contralor Distrital de Medellín, en ejercicio de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*²), procede a resolver el **GRADO DE CONSULTA Y EL RECURSO DE APELACIÓN** respecto de la decisión contenida en el Auto 773 del 13 de diciembre de 2023, por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió (1) fallar con responsabilidad fiscal en contra de unos imputados, y (2) sin responsabilidad fiscal a favor de otro, dentro del Proceso Radicado 045 de 2019. Folio 456-482.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

2.1 HECHOS FISCALES OBJETO DEL PROCESO

La Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, mediante el Memorando 201900000994 del 11 de febrero de 2019 (folios 3 a 7) remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, hallazgo con presunta incidencia fiscal detectado en la Auditoría Regular vigencia 2017 realizada a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P –EPM-, donde describieron los hechos presuntamente irregulares, de la siguiente manera:

"Una vez analizados los documentos y actuaciones que soportan la ejecución del contrato CT-2013-001960, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Ingelel S.A.S, cuyo objeto fue: "La construcción y referenciación de dos (2) tanques de almacenamiento y vías de acceso, las conducciones entre los tanques Los Pinos - Encenillos y Los Pinos - La Esperanza, de las redes de distribución secundaria, acometidas y obras complementarias para prestar el servicio de acueducto en el sector Alto Palmas en el Municipio de Envigado", se encontró que el contratista presentó el día 21 de noviembre de 2014, mediante oficio con radicado EP-TANQ 1960-P-311-2014, una reclamación por mayor permanencia derivada de la ampliación del plazo contractual en 116 días (Acta de Modificación Bilateral No. 1), contados desde el 6 de septiembre hasta el 24 de diciembre de 2014; y una reclamación por subejecución durante el plazo contractual inicial, por razones

² Modificada por la Resolución N° 482 de 2022.

imputables a la entidad contratante, igualmente presenta una segunda reclamación el 10 de septiembre de 2016 mediante radicado No.201620170850 por sobrecostos por mayor permanencia incluyendo la primera ampliación contenida en la reclamación inicial y la ampliación No. 2 por 104 días, contados desde 25 de diciembre 2014 hasta el 07 de abril de 2015 y el 23 de marzo de 2017 con radicado No.20170120051334 adiciona y aclara la reclamación por incumplimiento contractual.

En su reclamación inicial el contratista solicitó el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia durante el período de ampliación del plazo por valor de \$640.172.666, y la suma de \$584.267.658 por el AU no reconocido durante la ejecución del plazo inicial del contrato (Subejecución). En la segunda reclamación y en su adición el contratista solicitó el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por la mayor permanencia, durante el período de ampliación del plazo de 220 días (AMB1 y AMB 2), por valor de \$1.170.941.631,09, soportado en el estado de resultados y la suma de \$226.418.865,08 por el AU no reconocido durante ejecución del plazo inicial del contrato (Subejecución).

La firma interventora (Consorcio CCC- SEDIC -CT-2013-001575), en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10.11, de los pliegos de condiciones PC-2012- 000371, que integran su contrato, que señala: "Atender Reclamaciones de los contratos de obra civil. EL INTERVENTOR deberá estudiar, revisar, verificar y calcular las reclamaciones solicitadas por los CONTRATISTAS de obra y soportar ante EPM la aceptación o rechazo de la reclamación", mediante oficio con radicado No. 201520141423 del 19 de agosto de 2015, presentó informe sobre la solicitud de reconocimiento presentada por Ingelel S.A.S.

En el capítulo segundo del mencionado oficio, la firma interventora hace un análisis detallado del posible desequilibrio económico, en materia de costos indirectos, desglosando la administración y conceptuando qué ítems de los contenidos en la Administración, se podían reconocer, tanto para la subejecución del contrato, como para la mayor permanencia.

La interventoría, con fundamento en el análisis anterior, para la reclamación de mayor permanencia, solo recomendó reconocer para los 116 días reclamados, los gastos de administración, sin tener en cuenta imprevistos, utilidades e impacto comunitario y recompone los costos que deben integrar la administración a pagar, de acuerdo a su análisis la Interventoría extrae que el valor día de los costos de Administración es de \$2.022.595, que multiplicado por los 116 días a reconocer, asciende a la suma de \$234.621.020.

Además, analiza que en esos 116 días el contratista facturó la suma de \$938.114.321.14, valor que dividió por el porcentaje (%) de AIU más el Impacto Comunitario (1.3481%), obteniendo los costos directos de \$695.878.882.20. A dicho valor le aplicó el 7.85%, los cuales corresponden al personal de administración y otros gastos en la suma de \$54.626.492.26, cifra que según el interventor se debía descontar de la mayor permanencia, igualmente señala que se deben descontar \$59.170.632.55, que corresponden a los costos de administración de la obra que pudo ejecutar y no ejecutó sin justa causa. Por lo anterior según la interventoría al contratista se le debía reconocer por mayor permanencia en los 116 días de ampliación de plazo, la suma de \$120.823.895.

Para la reclamación por subejecución, la interventoría en su análisis, manifiesta que la pérdida de recuperación de los costos administrativos y otros costos asciende a la suma de \$156.855.318.23, para el plazo comprendido entre febrero 3 y agosto 30 de 2014. Dicho valor significaría la pérdida sufrida por el Contratista por no poder ejecutar el contrato en el plazo inicialmente pactado entre las partes.

Pero advierte también, que a dicho valor se le debe restar la suma de \$66.891.496,65, correspondiente al costo del valor que pudo haber ejecutado y no lo hizo sin ninguna justificación. Validando un valor a reconocer para esta situación en la suma de \$89.873.821.58.

En resumen, la interventoría en su informe manifiesta que el reconocimiento por mayor permanencia en obra asciende a la suma de \$210.697.716.80.

Igualmente mediante radicado 201620042309 del 9 de marzo de 2016, la firma interventora, da su concepto y recomendación que para el plazo inicial y su primera ampliación pudieron existir perjuicios para el contratista, pero para la segunda ampliación esboza situaciones anómalas que afectaban a EPM y conceptúa que para ese período específico no daba lugar a reconocimientos por costos de mayor permanencia, ya que el contratista dejó expresa constancia de que renunciaba a reclamar los perjuicios causados por mayor valor del rubro de administración para dicho tiempo.

No obstante lo conceptuado y recomendado por la firma interventora, Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en el acta de terminación y liquidación bilateral contrato CT-2013-001960, con fecha del 21 de septiembre de 2017, le hizo un reconocimiento a Ingelel S.A.S., por mayor permanencia en obra y le pagó la suma de \$550.611.036.44, los que comprenden un total de 220 días adicionales, correspondientes a mayor permanencia y además, le reconoció al contratista la suma

de \$113.741.617.80 por concepto de subejecución por el período comprendido entre febrero 3 y agosto 30 de 2014.

Del valor total cancelado al contratista \$550.611.036.44 por concepto de mayor permanencia, la suma de \$221.794.077 correspondió a los 104 días de ampliación del plazo detallada en el acta de modificación No.2, sin el concepto favorable de la interventoría y sin análisis jurídicos, técnicos y soportes que permitieran a EPM apartarse de lo conceptuado por la firma interventora.

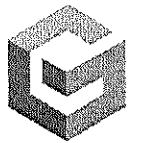
Adicionalmente, en el acta de terminación y liquidación Empresas Públicas de Medellín E.S.P., le reconoció a Ingelel para los 220 días, una suma de \$78.122.219, correspondiente al ítem 1.6.12 "OTROS GASTOS DE OTROS GASTOS" (sic), de la oferta inicial, sin el concepto favorable de la interventoría y sin que el contratista lo hubiera desglosado en su propuesta inicial, lo que no permitió determinar qué conceptos y valores lo comprendía, no evidenciándose soportes que demostraran el perjuicio ocasionado en este rubro, y la suma de \$35.787.477,51, correspondiente al ítem 1.6.3 TRANSPORTE MATERIAL, de la oferta inicial, que no se demostraron ni se soportaron, debiendo ser, según la interventoría, parte de los costos directos.

Respecto a la subejecución, le reconoció por el ítem 1.6.3 TRANSPORTE MATERIAL, la suma de \$6.218.942,55 que no se demostraron, debiendo ser según la interventoría, parte de los costos directos.

Por lo anterior se concluye que la entidad contratante, sin justificación alguna, y sin soportar las razones por las que se apartaba de lo conceptuado por la firma interventora, pagó a favor del contratista por concepto de mayor permanencia, unos valores que no fueron reclamados, ni demostrados por éste, los cuales ascendieron a la suma de \$341.922.717 (sic).

Es de precisar que según se evidencia en oficio radicado No. 201630026875 del 26 de febrero de 2016 dirigido a la interventoría por parte de EPM, ésta última no objetó los conceptos que se debían reconocer y no, al contratista, en tanto solo cuestionó las operaciones y errores aritméticos presentes en el informe de la interventoría (**CD folio 8**).

La situación descrita, es contraria al principio de la ecuación económica del contrato, figura propia de la contratación Estatal, la cual se encuentra regulada expresamente por la Ley 80 de 1993, que corresponde al sustento jurídico aplicado por Empresas Públicas de Medellín, por remisión jurisprudencial al momento de analizar y reconocer la reclamación realizada por el contratista, según consta en el informe Técnico para reclamación por mayor permanencia, del día 24 de febrero de 2015, en



el que expresamente señala: "No obstante que de acuerdo con la Ley 142 de 1994 el régimen de responsabilidad contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el del derecho privado, jurisprudencialmente se ha practicado que para resolver las controversias que surgen de la ejecución de los contratos de obra, se aplica la teoría del equilibrio económico, propia del derecho público, Ley 80 de 1993" (sic).

Así las cosas se encuentra en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 y en especial en el numeral 5.5 del pliego de condiciones del Proceso de Contratación PC -2011 – 008937, que EPM debió reconocer solo aquello reclamado expresamente por el contratista y demostrado en su reclamación, no encontrándose demostrado ni el perjuicio ocasionado con la ampliación del plazo en 104 días, ni los ítems "Otros Gastos de Otros Gastos" y "Transporte de material" (sic).

Adicionalmente es claro conforme a lo estipulado en el citado numeral del pliego de condiciones, que la reclamación realizada por el contratista tenía un límite temporal, los 30 días siguientes a la ocurrencia del hecho objeto de reclamo, evidenciándose que para el caso de la segunda modificación correspondiente a 104 días, el contratista realizó la reclamación que la incluía, de manera extemporánea, el día 10 de septiembre de 2016, es decir 534 días después de haberse suscrito Acta de Modificación Bilateral No.2 el día 26 de marzo de 2015.

Igualmente se encuentra que en la cláusula séptima de la Modificación Bilateral No.2 el contratista expresamente manifiesta que tal modificación no implicó afectación ni sobrecostos en el rubro de administración del contrato, evidenciándose que la manifestación de voluntad del contratista no presenta ningún vicio y que cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 1502 de Código Civil para obligarse, por lo que las partes no estaban llamadas a apartarse de lo estipulado contractualmente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil que establece:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", no habiendo lugar a reconocimiento de valor alguno por la mayor permanencia derivada de los 104 días de ampliación del plazo contractual.

Por lo anterior se vulnera el principio de la gestión fiscal de eficiencia, contenido en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, lo que obedece a la deficiencia en los controles que la entidad debe llevar en cada una de las etapas del proceso contractual, ocasionándose una afectación a los recursos inmersos en el contrato por

\$341.922.717. Por consiguiente se configura un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal”.

Se indicó en ese formato por parte del equipo auditor (folio 5), que EPM reconoció en el acta de terminación y liquidación del Contrato CT-2013-001960, al contratista INGEEL S.A.S, por concepto de reclamaciones las siguientes sumas sin el concepto favorable de la interventoría, sin análisis jurídicos, técnicos y soportes que lo sustentaran:

- Mayor permanencia: Doscientos veintiún millones setecientos noventa y cuatro mil setenta y siete pesos M.L. (\$221.794.077)
- “1.6.12 OTROS GASTOS DE OTROS GASTOS” (*sic*): Setenta y ocho millones ciento veintidós mil doscientos diecinueve pesos M.L. (\$78.122.219).
- “1.6.3 TRANSPORTE MATERIAL”: Treinta y cinco millones setecientos ochenta y siete mil cuatrocientos setenta y siete pesos con cincuenta y un centavos (\$35.787.477,51).
- “1.6.3 TRANSPORTE MATERIAL-subejecución: Seis millones doscientos dieciocho mil novecientos cuarenta y dos pesos con cincuenta y cinco centavos (\$6.218.942,55).

Para un valor total del presunto detrimento patrimonial que ascendió a la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS M.L. (\$341.992.717).

Posteriormente, y con base en el análisis integral de la prueba ordenada y practicada en el transcurso del proceso, la cuantía del daño patrimonial señalada por el equipo auditor fue modificada en el auto de imputación (Auto 722 de 14 de noviembre de 2023), determinándose el detrimento patrimonial en la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS (\$42.006.420).

2.2 PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables, se identificó en el auto de imputación a las siguientes personas:

-WILSON CHINCHILLA HERRERA, con cédula 88.136.235
Vicepresidente Ejecutivo Proyectos e Ingeniería
-JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, con cédula 7.161.055
Director Aguas, Saneamiento, Gas y Locativos 4
-CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, con cédula 43.562.935.

2.3 ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN S.A. E.S.P. identificada con NIT 890.904.996-1, Empresa Industrial y Comercial del Estado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 96 del Decreto 883 de 2015³, Empresas Públicas de Medellín-EPM- es una Empresa Oficial de Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal (hoy Distrito), constituida como Empresa Industrial y Comercial del Estado, y que está sometida al régimen previsto en la Ley 142 de 1994 y demás normas complementarias; a lo estipulado en su acto de creación, reformas y estatutos.

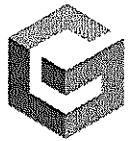
2.4 CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

En el Auto de Imputación 722 de 14 de noviembre de 2023, el daño patrimonial se cuantificó en la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M.L. (\$42.006.420).

2.5 ACTUACIONES PROCESALES RELEVANTES

- El día 11 de febrero de 2019, mediante memorando con Radicado 201900000994, la Contraloría Auxiliar EPM 3, Aguas y Saneamiento, traslada a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el hallazgo resultante de la Auditoría Regular Empresas Públicas de Medellín S.A. alcance 2017. (Folio 3).
- Mediante Auto 526 de 23 de julio de 2019, suscrito por el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva (E), se comisionó a la Abogada Natalia Cardona Álvarez, para adelantar y tramitar el Proceso con Radicado 045 -2019. (Folio 1-2).
- El día 30 de diciembre de 2019, por medio de Auto 934, se ordenó la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 045 de 2019. (Folio 9-19).
- El día 20 de enero de 2020, se efectuó notificación personal del auto de apertura a la señora CLAUDIA MARÍA ESCUDERO SAÑUDO (Folio 38).

³ Por el cual se adecúa la estructura de la administración municipal de Medellín, la función de sus organismos, dependencias, y entidades descentralizadas, se modifican unas entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.



- El día 24 de enero de 2020, se realiza la notificación por aviso al señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, y JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ (Folio 42 y 43).
- El día 27 de enero de 2020, se reconoce personería a la Abogada BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN, como apoderada del señor JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ (Folio 46).
- El 27 de enero de 2020, se reconoce personería a la Abogada LAURA MELISA URIBE QUINTERO, como apoderada del señor JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, y se le notifica el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 48-49).
- El día 30 de enero de 2020, se reconoce personería al Abogado TULIO ELÍ CHINCHILLA HERRERA, como apoderado del señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, y se le efectúa notificación personal del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 57-58).
- El 05 de febrero de 2020, se reconoce personería a la Abogada BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN, como apoderada de la señora CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO. (Folio 61).
- El día 11 de febrero de 2020, por medio de Auto 101, se comisiona a la Abogada CATALINA SÁNCHEZ DANIELS para adelantar y tramitar el Expediente con Radicado 045 de 2019 (Folio 62-63).
- El 26 de febrero de 2020, se reconoce personería a la abogada BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN, como apoderada del señor WILSON CHINCHILLA HERRERA. (Folio 65).
- Mediante Auto 225 de 17 de marzo de 2020, se suspenden los términos en las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal por calamidad pública y emergencia sanitaria (Folio 66-67).
- El día 20 de octubre de 2020, por medio de Auto 276 se levanta la suspensión de los términos (Folio 68-69).
- El 10 de marzo de 2021, mediante Auto 074, se comisiona al Doctor JUAN DIEGO GONZÁLEZ PUERTA, para adelantar y tramitar el proceso (Folio 72-73).
- El día 22 de marzo de 2022, se presenta por escrito, versión libre de WILSON CHINCHILLA HERRERA, CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO y JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ (Folio 79-200).

- El 23 de junio de 2023, por medio de Auto 442 de 23 de junio de 2023, se decreta la práctica de pruebas (Folio 201-204).
- El día 06 de julio de 2023, se reconoce personería al Abogado JUAN CAMILO ARANGO RÍOS, como apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (Folio 213).
- El 26 de julio de 2023, se recibe declaración juramentada a la señora SANDRA MILENA GARCÍA BUITRAGO (Folio 247-255).
- El 09 de agosto de 2023, por medio de Auto 531, se decreta la práctica de unas pruebas (Folio 271-274).
- El día 14 de septiembre de 2023, se recibe declaración juramentada al señor DANIEL PÉREZ PATIÑO (Folio 308-312).
- El día 14 de septiembre de 2023, se recibe declaración juramentada del señor JUAN CARLOS HERRERA ARCINIEGAS (Folio 314-318).
- Mediante Auto 722 de 14 de noviembre de 2023, se dicta auto de imputación contra WILSON CHINCHILLA HERRERA, JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ y CLAUDIA MARÍA ESCUDERO SAÑUDO (Folio 320-349).
- El 30 de noviembre de 2023, el señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, la señora CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, y JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, presentan descargos frente a la imputación (Folio 357-434).
- El 30 de noviembre de 2023, el Abogado JUAN CAMILO ARANGO RÍOS, presenta descargos frente al Auto de Imputación N° 722 de 14 de noviembre de 2023 (Folio 454- 455).
- El 13 de diciembre de 2023, por medio de Auto 773 se profiere fallo en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal (Folio 456-482).
- El día 19 de diciembre de 2023, la Abogada BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN, como apoderada de CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO y JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal (Folio 489-511).

- El 21 de diciembre de 2023, el Abogado JUAN CAMILO ARANGO RÍOS, como apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del Fallo N° 773 del 13 de diciembre de 2023 (Folio 514-516).
- El 07 de febrero de 2024, por medio de Auto 042, se resuelve un recurso de reposición (Folio 517-527).
- El día 12 de febrero de 2024, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por medio de Memorando con Radicado 20248001343 remite al despacho del Contralor, el Expediente con Radicado 045 de 2019, para que se resuelva recurso de apelación.

III. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES INCORPORADOS AL PROCESO RAD. 045-2019

Para lo que interesa a esta decisión, este Despacho hace una relación de las pruebas relevantes incorporadas al expediente:

1. Formato traslado de hallazgos fiscales (folios 4 a 6) CD 1 Anexos traslado “HALLAZGO FISCAL 06 AUDITORÍA REGULAR EPM S.A. Vigencia 2017” (folio 7) el cual está conformado por las siguientes carpetas:

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
1. hoja de vida - Wilson Chinchilla	08/01/2020 06:13 ...	Carpetas de archivos	1.02 KB
2. hoja de vida Jose Fernando	08/01/2020 06:13 ...	Carpetas de archivos	1.02 KB
3. hoja de vida Claudia Marca	08/01/2020 06:13 ...	Carpetas de archivos	1.02 KB
4. Pólizas	26/01/2020 06:13 ...	Carpetas de archivos	4.742 KB
5. Pliegos de Condiciones- obra	22/03/2018 02:33 ...	Adobe Acrobat D...	4.742 KB
6. PROPUESTA SELECCIONADA Ingel	24/03/2018 02:31 ...	Adobe Acrobat D...	17.619 KB
7. contrato_2013001960	22/08/2018 04:13 ...	Adobe Acrobat D...	1.049 KB
8. acta de modificación b1-Ingel	04/03/2019 02:03 ...	Adobe Acrobat D...	2.139 KB
9. acta de modificación b2-Ingel	24/08/2018 02:03 ...	Adobe Acrobat D...	2.152 KB
10. acta de liquidación y terminación bilateral-Ingel	21/09/2018 01:56 ...	Adobe Acrobat D...	6.081 KB
11. Oferta negociación CCC-SEDIC PC-2012-000971 - Interventoría Valle San Nicolás	04/01/2019 02:02 ...	Adobe Acrobat D...	186 KB
12. Reclamación contratista (inicial)	24/08/2018 01:57 ...	Adobe Acrobat D...	964 KB
13. Informe de intervención - ala reclamación (inicial)	24/08/2018 01:57 ...	Adobe Acrobat D...	935 KB
14. Respuete de epm al informe de sedic sobre la reclamación	24/01/2019 01:20 ...	Adobe Acrobat D...	639 KB
15. Informe segundo 2 de la intervención	02/10/2018 09:26 ...	Adobe Acrobat D...	365 KB
16. Adición y aclaración de la reclamación	27/09/2018 04:23 ...	Adobe Acrobat D...	748 KB
17. Informe de intervención complementario	24/08/2018 01:58 ...	Adobe Acrobat D...	1.677 KB
18. nueva reclamacion	26/09/2018 07:33 ...	Adobe Acrobat D...	283 KB
19. Anexos soporte de gesto administracion dic-14	24/08/2018 02:01 ...	Adobe Acrobat D...	562 KB
20. Soporte mayor permanencia	21/08/2018 01:59 ...	Adobe Acrobat D...	876 KB
21. Anexo soporte reclamación contratista	24/08/2018 02:00 ...	Adobe Acrobat D...	114 KB
22. Documentación reclamación	23/07/2018 02:46 ...	Elemento de Dowl...	5.628 KB
23. ACTA 5 - Aprobación de Observación- 1 Prelim.	21/01/2019 01:51 ...	Adobe Acrobat D...	7.781 KB
24. Informe preliminar A regular EPM Vigencia 2017	21/01/2019 11:55 ...	Documento de MS...	29.367 KB
25. 19. Respuesta de EPM a la Observación Número 11 del Informe preliminar	22/01/2019 10:06 ...	Documento de MS...	169 KB
26. ACTA 08 - Aprobación y validación Hallazgos- 1. Final	21/01/2019 01:54 ...	Adobe Acrobat D...	12.439 KB
27. Informe Definitivo AR EPM Vigencia 2017 nov 26	21/01/2019 12:04 ...	Documento de MS...	13.237 KB
28. ADMINISTRACIÓN, UTILIDAD, IMPREVISTOS, IMPACTO COMUNITARIO-INGEEL	25/01/2019 10:06 ...	Hoja de cálculo d...	307 KB

3. CD 2 Anexos traslado “*HALLAZGO FISCAL 06 SOPORTES facturas gastos AUDITORÍA REGULAR EPM S.A. Vigencia 2017*” (folio 8) el cual está conformado por las siguientes carpetas, con información específica del Contrato CT-2013-001960:

Nombre	Fecha de modifica...	Tipo	Tamaño
01-001 EQUIPOS	08/01/2020 06:16 ...	Carpetas de archivos	
01-003 MATERIAL	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
01-003 MATERIAL POR SERVICIOS	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
01-004 SERVICIOS TERCEROS	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
01-005 TRANSPORTE	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
02-006 MANO DE OBRA ADMINISTRATIVA	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
02-007 IMPACTO COMUNITARIO	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
02-008 TRANSPORTE ADMINISTRATIVO	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
02-009 COMUNICACION	08/01/2020 06:17 ...	Carpetas de archivos	
02-010 EQUIPO DE COMPUTO	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-011 OTROS EQUIPOS	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-012 ALQUILER BODEGA +SSPP	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-013 VIGILANCIA (TELESINTTEL)	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-014 ADECUACION+PROVISIONALES	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-015 ENSAYOS	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-017 POLIZAS	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-018 IMPUESTOS	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-019 PAPELERIA Y OTROS GASTOS OFICINA	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	
02-020 OTROS ADMINISTRATIVOS	08/01/2020 06:18 ...	Carpetas de archivos	

Así mismo, obran en el plenario las siguientes pruebas:

4. Versiones libres (folio 79 a 162) rendidas por escritos de los vinculados al PRF 045-2019:

- WILSON CHINCHILLA HERRERA, con cédula 88.136.235
- JOSE FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, con cédula 7.161.055
- CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, con cédula 43.562.935

5. Auto 442 Decretan pruebas Testimoniales (folios 201 a 203).

6. Testimonial rendido por la señora Sandra Milena García Buitrago (folio 247).

7. Auto de Pruebas 531 Testimoniales (Folio 271).

8. Testimonio Daniel Pérez Patiño (folio 308).

9. Testimonio Juan Carlos Herrera Arciniegas (folio 314).

10. Pruebas documentales aportadas por la apoderada de los imputados, Dra. Beatriz Elena Estrada Tobón, en los Descargos presentados frente al Auto 722 del 14 de noviembre del año 2023.

- Concepto C-030 del 26 de febrero de 2021, emitido por Colombia Compra Eficiente.
- Pliego de Condiciones.
- Segundo informe de Interventoría de análisis de reclamación de Ingelel.

IV. LA DECISIÓN OBJETO DE GRADO DE CONSULTA Y RECURSO DE APELACIÓN: AUTO N° 773 DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023.

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 773 de 13 de diciembre de 2023, decidió fallar sin responsabilidad fiscal a favor de uno de los imputados, el señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, con cédula 88.136.235, y con RESPONSABILIDAD FISCAL, en contra de JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, y CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, por la suma de SESENTA MILLONES CIENTO OCHO MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS (\$60.108.803), valor del detrimento patrimonial indexado.

Los argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, el Despacho los resume así:

El Contrato CT-2013-001960 en mención, y objeto del reproche fiscal tenía por objeto: "La construcción y referenciación de dos (2) tanques de almacenamiento y vías de acceso, las conducciones entre los tanques Los Pinos – Encenillos y Los Pinos – La Esperanza, de las redes de distribución secundarias, acometidas y obras complementarias para prestar el servicio de acueducto en el sector Alto Palmas en el Municipio de Envigado".

El contrato fue suscrito por la representante legal de INGELEL S.A.S. el 20 de diciembre de 2013 y por el Gerente de EPM el 7 de enero de 2014, y el mismo tuvo como fecha de inicio el 3 de marzo de 2014; el plazo inicial del contrato era de 180 días, los cuales se cumplían el 29 de agosto de 2014 y el valor se estimó en la suma de \$5.780.837.934, a precios reajustables.

Las obras se ejecutaron en el Municipio de Envigado en la Vereda Las Palmas, que comprende los sectores conocidos como Encenillos, La Esperanza, y alrededor del corredor de la Vía Medellín – Las Palmas, desde la glorieta en el sector denominado "Sancho Paisa" hasta la Escuela de Ingeniería por la vía Variante al Aeropuerto José María Córdova, y por la vía Medellín – El Retiro hasta el cruce con la vía Las Brisas.

Este contrato fue modificado en dos oportunidades, una primera modificación que se suscribió por las partes contratantes el 28 de agosto de 2014, la cual tenía por objeto, según se desprende de la cláusula segunda del Acta de Modificación Bilateral No. 1 (AMB1), (folio 263 CD) que obra como Prueba Documental No.3, junto con sus 5 anexos:

"SEGUNDA: Objeto del Acta de Modificación. 1) Ejecución de obra adicional y extra y eliminación de obra contractual acorde con lo indicado en los Anexos a esta acta. 2) Incremento del valor estimado del contrato. 3) Ampliación del plazo de ejecución del contrato en CIENTO DIECISEIS (116) días calendario, contados desde el 31 de agosto de 2014 al 24 de diciembre de 2014".

Según el anexo 5 de esta modificación, el valor total del contrato con la obra adicional, extra y la eliminación de obra contractual, ascendió a la suma de \$6.217.514.908,66 presentándose un aumento en el valor inicial del contrato de \$436.676.976,39; y el plazo adicional a los 180 días iniciales, era de 116 días, para un total de 296 días calendario de ejecución del contrato.

El 24 de febrero de 2015 fue presentado Informe Técnico, para justificar reclamación por mayor permanencia, elaborado por la Ingeniera Claudia Marcela Escudero Sañudo, profesional Unidad Vinculación Desarrollo Urbano Aguas- Supervisora Contrato CT-2013-001960 (folio 263 CD Anexo No.4), donde se exponen las razones por las cuales se celebró la modificación No. 1, que tuvo lugar por circunstancias que se presentaron con posterioridad a la celebración del contrato, estas situaciones imposibilitaron su ejecución en el plazo contractual inicialmente pactado, por lo que fue necesario ampliar el mismo para su cumplimiento.

Por otro lado, se vió la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra a las previstas en el listado de cantidades de obra y precios unitarios del contrato, y su ejecución requería plazo adicional. Por estos motivos, según lo expuesto en el mencionado informe técnico, los perjuicios causados al Contratista con la primera ampliación del plazo podrían serle reparados, en consideración a que el cambio del diseño de la vía para salvaguardar y proteger las especies arbóreas, es un hecho que le es ajeno.

La segunda modificación se suscribió por el contratista INGELEL S.A.S, el 8 de marzo de 2015 y por EPM el 26 de marzo de 2015, la cual tenía por objeto el siguiente, según se desprende de la cláusula segunda del Acta de Modificación Bilateral No. 2 (AMB2), (folio 263 CD) obra como prueba documental No.5, junto con sus 5 anexos: "SEGUNDA: Objeto del Acta de Modificación. 1) Ejecución de obra adicional y extra y eliminación de obra contractual acorde con lo indicado en los Anexos a esta acta. 2) Incremento del valor estimado del contrato. 3) Ampliación del plazo de ejecución del contrato en CIENTO CUATRO (104) días calendario, contados desde el 25 de diciembre de 2014 al 07 de abril de 2015.

A raíz de las circunstancias que se presentaron durante la ejecución del contrato, el contratista INGELEL S.A.S., presentó 3 reclamaciones por mayor permanencia y subejecución, una el 21 de noviembre de 2014, otra el 10 de septiembre de 2016 y otra el 23 de marzo de 2017, pues dicha permanencia obedecía a razones ajenas a él.

De conformidad con el auto que pronuncia el fallo en primera instancia, el daño patrimonial ocasionado a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P –EPM-, asciende a la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M/L (\$42.006.420).

El daño patrimonial investigado en el presente proceso está circunscrito conforme se expone en el Auto de Imputación 722 del 14 de noviembre de 2023, a dos (2) pagos efectuados dentro del Contrato CT-2013-001960, suscrito entre Empresas Públicas de

Medellín E.S.P. y la sociedad Ingelel S.A.S, ambos correspondientes a pagos de transporte de material, ítem que estaba contemplado dentro de los costos Directos del Contrato (Análisis de Precios Unitarios-APU), pero que fue pagado por concepto de mayor permanencia en cuantía de \$35.787.477,50, y por concepto de subejecución por valor de \$6.218.942,55, al haberlo incluido el contratista en el AIU (costos indirectos), que discriminó con posterioridad al perfeccionamiento del contrato.

El daño patrimonial se discriminó así:

Al Contratista INGELEL S.A.S. le fue cancelado por parte de EPM por concepto de transporte de material la suma de **\$35.787.477,50**, ello en razón a la mayor permanencia del contratista durante las modificaciones bilaterales 1 y 2 (220 días), y la suma de **\$6.218.942,55** por concepto de subejecución, todo previa reclamación presentada por el contratista durante la ejecución del Contrato CT-2013-001960 y posterior a la misma.

Estos valores fueron reconocidos y pagados por la entidad contratante, según consta en el acta de terminación y liquidación bilateral del Contrato CT -2013-001960, suscrita el 27 de septiembre de 2017 (CD a folio 41), en el acta de transacción del 2 de octubre de 2017, suscrita entre EPM e INGELEL S.A.S, (CD a folio 41), y en las facturas y órdenes de pago igualmente contenidas en CD, obrante a folio 41.

Es de precisar que el reconocimiento de estos conceptos por mayor permanencia y subejecución, no fueron reconocidos por la firma interventora, por lo que el Operador de Primera Instancia, Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, entra a verificar los costos directos e indirectos contenidos en la propuesta presentada por la empresa INGELEL S.A.S., para el Proceso de Contratación No. PC-2011-008937, que posteriormente sería el Contrato CT-2013-001960, lo cual se encuentra dispuesto en CD a folio 8 del expediente, en tanto dicha propuesta fue la que definió el valor del contrato y por tanto delimitó los análisis para los pagos por mayor permanencia y subejecución:

Como se mencionó, en CD a folio 8 reposa la propuesta para el proceso de selección PC-2011-008937, presentada por el contratista el 21 de mayo de 2013, y aceptada por EPM, la que nos indica que el precio del contrato se configuró bajo el sistema de precios unitarios, discriminando costos directos (APU) y costos indirectos (AIU).

Por lo anterior, entró el A quo, a analizar qué debe entenderse por costos directos y costos indirectos en el sistema de precios unitarios. A su vez, se observa que el contrato define unos costos directos que incorporan: **Suministro, transporte, colocación o instalación o construcción**, es decir, cada ítem comprende de manera integral el proceso desde el suministro hasta la disposición final, sin discriminar transporte interno y externo, lo que nos indica que ambos se encuentran incluidos.

Consideró entonces el Operador de Primera Instancia, que en efecto el transporte de los materiales hace parte de los APU (precios unitarios), tratándose de un costo que es claramente directo, ya que está íntimamente relacionado con la ejecución del objeto.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el precio del contrato estaba integrado como se vió por los costos directos (APU) y costos indirectos (AIU), estos últimos globales, pues así se perfeccionó y fue suscrito por las partes el contrato, razón por la cual la discriminación del AIU aludida correspondía a un requisito para la ejecución del contrato, es decir para que iniciara el cómputo de su plazo como expresamente lo determinaron los pliegos de condiciones, pero no definía el valor del mismo, pactado en uno de sus componentes (indirectos) de manera global.

Ahora bien, esta discriminación del AIU, para efectos de las reclamaciones efectuadas por el contratista cobraba especial relevancia, pues permitía evidenciar qué conceptos podían reclamarse por mayor permanencia o subejecución, en tanto eran precisamente los costos indirectos aquellos que bajo la ocurrencia de una mayor permanencia, tenía que asumir el contratista independientemente del avance de la obra.

Insiste el Operador de Primera Instancia, que tratándose de reclamaciones por unos acontecimientos extraños o imprevistos para el contratista, que no estaban valorados bajo el pacto contractual, era al contratista a quien le correspondía demostrar la asunción de unos costos que desequilibraron su ecuación contractual, los cuales claramente primero debían estar enmarcados en el porcentaje global pactado en el valor del contrato para el AIU, pues como se vio solo podía tratarse de costos indirectos, en atención a la naturaleza de los mismos, y segundo debían hacer parte de los costos que él dijo en la memoria de cálculo que asumiría en los indirectos, circunstancia que no impedía que reclamara otros costos indirectos diferentes a los establecidos allí, en caso de demostrar su ocurrencia, siempre y cuando no superara el valor global pactado, pues se insiste así fue su pacto. Ese despacho no consideró acertado el análisis realizado por la apoderada de los presuntos responsables en sus descargos, en cuanto a que el rubro de transporte de material contenido en la memoria de cálculo del AIU (requisito de ejecución), hace parte del pacto contractual, pues el valor del contrato en cuanto a los costos indirectos fue global, correspondiéndole al contratista demostrar en sus reclamaciones para efectos de determinar el valor de las mismas, que los costos por el solicitados por mayor permanencia y subejecución efectivamente eran indirectos y fueron causados.

En conclusión consideró el A quo, que reconocer el transporte de materiales de los costos indirectos por conceptos de mayor permanencia y Subejecución, es un pago, que sin importar la existencia de soportes va en desmedro del patrimonio de la entidad contratante (EPM), pues es un ítem pactado y pagado vía costos directos que hacía parte desde la propuesta económica presentada por el contratista INGELEL S.A.S., de la estructura del valor del contrato y por supuesto no correspondía a la esencia de los costos indirectos.

De tal manera que no cabe duda para el despacho de primera instancia, que frente al reconocimiento al contratista tanto en subejecución, como mayor permanencia del transporte de materiales existió un daño patrimonial que ascendió a la suma de **\$6.378.642** (subejecución) y **\$35.787.477,50** (mayor permanencia AMB 1 y 2), para un total de **CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M/L (\$42.006.420)**.

En cuanto al elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, se hace el análisis desde el fallador de Primera Instancia, acerca de la calidad de gestores fiscales de los imputados, examinando en primer lugar a la señora CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, se tiene que se estableció que la misma fungió, en ejercicio de sus funciones como Profesional B, como administradora del contrato de interventoría suscrito entre EPM y el Consorcio CCC-Sedic/San Nicolás, y en tal sentido, obran en el plenario prueba de sus intervenciones como administradora.

Se hace énfasis en que la Profesional (Ingeniera), CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, desplegó acciones decisivas y relevantes para efectuar el pago de lo reclamado por el contratista, representado en la suma de **CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M/L (\$42.006.420)**.

Se concluyó entonces, que CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, dada su calidad de administradora del contrato de interventoría, tenía el deber no solo de revisar los informes presentados por la firma interventora, en especial aquellos atinentes a las reclamaciones por mayor permanencia y subejecución, sino que también tenía la facultad de controvertirlos, y efectivamente así lo hizo, evidenciándose que emitió informe contrario al de la interventoría y firmó los respectivos oficios relacionados⁴, ingresando así a la cadena de presuntos responsables fiscales, habida cuenta que con su actuar se configuró en este caso una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, circunstancia que la erige en presunta responsable de segundo orden o indirecto⁵.

En cuanto al otro imputado, señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, quien para la época de los hechos fungía como Vicepresidente Ejecutivo Proyectos e Ingeniería, para el cual fue nombrado según Resolución 2013000334 del 30 de octubre de 2013. Se analizó que dentro de sus funciones tanto básicas como principales tenía el deber de liderar la ejecución de los proyectos de infraestructura física de la Entidad EPM, y optimizar la utilización de los recursos internos y externos requeridos para el desarrollo de los mismos, por consiguiente son estas funciones las que le dan la competencia para desempeñar su cargo y desde luego le imponen unas responsabilidades, con los proyectos de infraestructura de EPM a él asignados. En cuanto al Contrato de Obra CT-2013-001960, que fue objeto de reconocimiento a favor del contratista de mayor permanencia y subejecución, el señor CHINCHILLA HERRERA, fue el encargado de dar el visto bueno y además suscribió el acta de liquidación y terminación bilateral con fecha 21 de septiembre de 2017.

⁴ Oficio suscrito por la administradora CD folio 41

⁵ Al respecto la Sentencia C-832 de 2002 expresa que "la responsabilidad fiscal de acuerdo con el Numeral 5º del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición. No sobra recordar que la Corte declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, norma que regula actualmente la materia, bajo el entendido de que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal".

En lo que tiene que ver con el señor JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELAEZ, identificado con la cédula 7.161.055 quien fungió como DIRECTOR AGUAS, SANEAMIENTO, GAS Y LOCATIVOS. Dentro de sus funciones y en razón a su cargo de Director de aguas, saneamiento, gas y locativos, tenía el deber funcional de "liderar y evaluar el costo y los recursos para la ejecución de los proyectos de aguas..." Además de sus funciones atinentes al cargo, el doctor MEJÍA ARBELÁEZ mediante acto delegatorio Decreto 2035 de 2014 obtuvo la competencia para disponer del recurso de la entidad en lo relacionado con el Contrato CT-2013-001960, por consiguiente tanto de las funciones de su cargo como de la competencia que le dio el acto de delegación referido se observa claramente que se encuentra dentro de la esfera de Gestor Fiscal, y como tal procedió a firmar el Acta de Transacción No. 1, el 2 de octubre de 2017⁶, en la cual indudablemente dispuso de los recursos de la entidad y a partir de ese acto de delegación surgió también el cuidado y diligencia que debía observar para tomar cualquier decisión que involucrara recursos de la entidad contratante.

Al suscribir el acta de transacción referida, aceptó las reclamaciones del contratista de obra, las cuales incluían el ítem de transporte de materiales que como se ha venido exponiendo dentro de la propuesta económica estaban contenidos en los costos directos, situación que oportunamente fue advertida por la empresa interventora (Consorcio CCC-Sedic) cuando se pronunció frente a las reclamaciones del Contratista Ingelel S.A.S., señalando en lo ateniente al ítem de transporte que no debía ser objeto de reconocimiento por tratarse de un costo directo, sin embargo al suscribir el acta de transacción, el señor MEJÍA ARBELÁEZ, sin tener en cuenta los análisis realizados, dispuso de los recursos de la entidad.

En cuanto al título de imputación subjetivo para cada uno de los procesados, en primer lugar, en cuanto a la señora ESCUDERO SAÑUDO, se considera como culpa grave.

Observó el Operador Jurídico de Primera Instancia, la falta de cuidado y diligencia de la administradora del contrato de interventoría, dado que no obstante el vasto conocimiento que sobre el tema de los costos de un contrato de obra debía tener, de acuerdo a su perfil profesional y cargo ocupado en EPM, omitió el análisis de la propuesta donde se encontraban incluidos los ítems de transporte en su máxima dimensión como parte de los costos directos (Transporte, Colocación e Instalación), sin que dicho ítem realizara discriminación alguna entre transporte interno y externo, pues es claro que incluye toda la actividad hasta su culminación con la colocación del material, omisión patente en el informe técnico por ella presentado el 24 de febrero de 2015, en CD a folio 263, el cual fue soporte para los reconocimientos de transporte de material por subejecución y mayor permanencia. Desde esta óptica se puede colegir que este informe que contrariaba lo dicho por la firma interventora en cuanto al ítem del transporte, fue pilar para la materialización del daño patrimonial aquí determinado.

⁶ Ver Cd a folio 41

Ahora bien, las falencias expuestas indican el incumplimiento grave de las funciones de la Administradora CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, lo cual impactó los recursos de la entidad, ubicando su conducta en la órbita de la **culpa grave**.

Ahora bien, en cuanto al señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, quien fungió para la época de los hechos como Vicepresidente Ejecutivo Proyectos e Ingeniería, acreditado según acta de posesión del 5 de noviembre de 2013 y nombrado conforme a la Resolución 2013000334 del 30 de octubre de 2013. Tenía dentro de sus funciones tanto básicas como principales el deber de liderar la ejecución de los proyectos de infraestructura física de la Entidad EPM, y se encuentra probado que él le dió el visto bueno al contrato obra y suscribió el 21 de octubre de 2017 el acta de liquidación bilateral del mismo, cerrando sus cuentas⁷. Frente al actuar del señor CHINCHILLA HERRERA, consideró el Aquo, que no es posible predicar intervención de este último en el hecho generador del daño (reconocimiento de transporte de materiales por mayor permanencia y subejecución) lo que impide hablar de una conducta dolosa o gravemente culposa en su proceder frente al acta de liquidación, lo que a todas luces adicionalmente rompe cualquier nexo de causalidad, por lo que al no cumplirse dos elementos exigidos para la configuración de responsabilidad fiscal, se procedente proferir fallo sin responsabilidad fiscal en favor del investigado CHINCHILLA HERRERA (*sic*).

En lo que tiene que ver con el servidor JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, quien fungió como Director Aguas, Saneamiento, Gas y Locativos. Dentro de sus funciones y en razón a su cargo Director Aguas, Saneamiento, Gas y Locativos, tenía el deber funcional de “liderar y evaluar el costo y los recursos para la ejecución de los proyectos de aguas...” aunado a ello mediante acto delegatario obtuvo la competencia para disponer del recurso de la entidad en lo atinente al Contrato CT-2013-001960, lo que indudablemente lo sumerge en la esfera de Gestor Fiscal, por consiguiente omitió el deber de cuidado del recurso de la entidad al firmar el Acta de Transacción No. 1, el 2 de octubre de 2017⁸, por delegación efectuada mediante Decreto 2035 de 2014, disponiendo allí de los recursos de la entidad, es decir a partir de ese acto de delegación surgió también el cuidado y diligencia que debía observar en cuanto a la disposición de recursos de la entidad, valga decir, dado que como obra en el plenario al suscribir el acta de transacción referida, aceptó las reclamaciones del contratista de obra, las cuales incluían el ítem de transporte de materiales que como se ha venido exponiendo dentro de la propuesta económica estaban contenidos en los costos directos, situación que en su momento fue advertido por la empresa interventora (Consorcio CCC-Sedic) cuando se pronunció frente a las reclamaciones del Contratista Ingelel S.A.S., en lo pertinente al ítem de transporte, no obstante en su obrar omitió el cuidado y análisis que debía tener previo al reconocimiento de los recursos solicitados por el contratista de obra, y máxime cuando su función más allá de la delegación, era técnica y consistía en liderar el desarrollo de los proyectos, encontrándose su actuar en la esfera de la culpa grave, por lo que este será el título de imputación (*sic*).

⁷ Acta de terminación y liquidación bilateral CD Folio 8

⁸ Ver Cd a folio 41

Por último, en cuanto al análisis del elemento nexo causal, la agencia jurídica de primera instancia, consideró que las conductas que produjeron el daño fiscal arriba anotado se circunscribieron concretamente a las deficiencias presentadas en cuanto al análisis económico y técnico por parte de los responsables fiscales frente a las reclamaciones económicas efectuadas por el contratista de obra Ingelel S.A.S., por concepto de mayor permanencia y subejecución, específicamente por el ítem de transporte de materiales, análisis que debió hacerse de manera integral desde la propuesta económica.

Estas deficiencias llevaron a que se efectuaran o reconocieran pagos por concepto de Transporte de materiales, ítem que se encontraba pactado dentro de los Costos Directos del Contrato 2013-001960, situación que fue claramente advertida por la Interventoría, en concepto técnico contenido en CD a folio 412, no obstante los responsables la desconocieron afectando el patrimonio de Empresas Públicas de Medellín, actuar sin el cual no se hubiera producido daño alguno.

En tal sentido aplicando la teoría de la condición adecuada, se encuentra que las conductas desplegadas por los intervenientes vinculados como presuntos responsables, tenían la capacidad para generar el daño fiscal que dio origen a este Juicio Administrativo de carácter fiscal.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1 LA COMPETENCIA

La función pública de Control Fiscal, asignada a las Contralorías por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la atribución de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos preceptos fueron desarrollados por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo el procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, profirió un auto mixto (Fallo con y sin responsabilidad fiscal) se hace necesario resolver en primer lugar el grado de consulta al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, y en segundo lugar desatar el recurso de apelación.

En virtud del **grado de consulta**, el superior jerárquico del funcionario que tomó la decisión, verifica que la actuación que se revisa, corresponda a los presupuestos fácticos y jurídicos, y podrá tomar las decisiones que estime convenientes sin limitación alguna⁹. Por tanto, está provisto de plenas facultades para revisar integralmente el fallo proferido, lo que supone la capacidad de modificar, confirmar, revocar y sustituir el Fallo de Primera Instancia, u ordenar motivadamente a la Primera Instancia proseguir la investigación con miras a proteger el orden jurídico de acuerdo con la discrecionalidad que le permite este mecanismo de revisión que tiene carácter oficioso¹⁰.

Por otra parte, el **recurso de apelación** el funcionario competente sólo analizará los motivos de inconformidad respecto del acto impugnado, a fin de determinar si es viable jurídicamente acceder a lo solicitado. El marco de competencia funcional de este Despacho, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, en la medida en que el apelante es el único que puede calificar lo que de la decisión de Primera Instancia le fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso, se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 320 del CGP¹¹.

De otro lado, dado que el Despacho se ocupa en este caso de un **auto mixto**, debe aclararse que “*el grado de consulta no está condicionado al recurso de apelación y, por ende, no está limitado en su objeto a un aspecto controversial, sino que revisa la totalidad del procedimiento adelantado y el acierto de la decisión proferida por la primera instancia; (...) Ahora bien, en caso de concurrencia del grado de consulta y el recurso de apelación, el operador jurídico de segunda instancia resuelve en primer lugar el grado de consulta*”, atendiendo a que el mismo procede en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y si al realizar el estudio jurídico confirma la decisión, a continuación y en el mismo auto resuelve el recurso de apelación. Cabe señalar, que si a partir de la revisión y estudio del fallo en ejercicio del grado de consulta considera que la decisión debe ser revocada, el recurso de apelación no se estudia, dado que desaparece el piso jurídico que lo activó¹². SNFT.

⁹ Sentencia T-005-2013.

¹⁰ CGR Concepto 0120 de 2022. Proceso de responsabilidad fiscal/grado de consulta/ recursos.

¹¹ Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

¹² Contraloría General de la República Concepto 138 de 2017. Asunto: Proceso de responsabilidad fiscal. Grado de Consulta / Procedencia oficiosa.

a. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL PROCESO RADICADO 045-2019

Dado que en este proceso se decidió **fallar con responsabilidad fiscal** en contra de unos imputados y **sin responsabilidad** a favor de otro, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos en torno a la decisión consultada:

- 1) ¿El valor pagado al contratista por concepto de transporte y mayor permanencia en obra, reconocido como costo indirecto, constituye daño patrimonial al Estado?
- 2) ¿Es procedente legalmente, confirmar o no, el **FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** (Auto 773 de 2023) a favor del señor WILSON CHINCHILLA HERRERA por haber desvirtuado las imputaciones formuladas en el Auto 722 de 14 de noviembre de 2023?
- 3) ¿Es procedente legalmente confirmar o revocar el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL** (Auto 773 de 2023) en contra de JOSÉ FERNANDO MEJÍA AREBELAEZ y CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SANUDO, así como en contra de la compañía Seguros Generales Suramericana S.A en calidad de garante, ¿con base en los motivos de inconformidad expuestos en los escritos de apelación?

Para la solución de los problemas jurídicos el Despacho abordará los siguientes temas:
a). Aspectos generales del proceso de responsabilidad fiscal; b). El marco normativo y jurisprudencial de la elaboración y ejecución de los presupuestos en la contratación estatal c). El caso concreto: El grado de consulta y el recurso de apelación.

5.2. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y/o de los particulares¹³, 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 a lo dispuesto en la Carta Política artículos 267 s.s., y las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real o cierto en tanto haya sido ocasionado al patrimonio público, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.

¹³ Constitución Política. Artículos 23, 210 y 267. “La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, (...)"

Según la Corte Constitucional, (C-083 de 2015), la responsabilidad que se declara es básicamente patrimonial, en la medida en que, a consecuencia de su determinación, el imputado debe resarcir el daño causado por la **gestión fiscal irregular**, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

De otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, se profiere **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 con culpa grave o dolo 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.

Igualmente, el funcionario de conocimiento deberá proferir **fallo sin responsabilidad fiscal**, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, **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**.

5.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL- EL DAÑO PATRIMONIAL.

La Jurisprudencia y la Doctrina han considerado que el daño es la columna vertebral de la responsabilidad fiscal. El daño patrimonial es requisito *sine qua non* para proceder a analizar la concurrencia de los otros dos, como lo señala el Doctrinante Uriel Amaya Olaya:

*"[El daño] es el primer elemento de la responsabilidad y el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad. Sólo después de estructurado y probado el daño se pueden establecer los demás elementos, empezando por la conducta."*¹⁴

En similar sentido lo analizó el doctor 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;..."

¹⁴ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Pág. 185.

Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria'.. 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 responsabilidad¹⁵" -SNFT-

Expresamente dijo también el Consejo de Estado, en Sentencia del 16 de febrero de 2012¹⁶:

“...es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, 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 certeza sobre el daño (...) en armonía con lo anterior, debe decirse que 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–.

En ese sentido, el daño debe reunir como características la de ser: Ciento, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud¹⁷, 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...”

Ahora bien, sobre la certeza de la existencia del daño patrimonial, el Consejo de Estado¹⁸ en Sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01, consideró lo siguiente:

¹⁵ Juan Carlos Henao. El Daño. U. Externado de Colombia, 1998, pág. 35 ss.

¹⁶ 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.

¹⁷ Sentencia SU-620 de 1996.

¹⁸ Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 25000 23 24 000 2012 00759 01 Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Tesis: Incurrió en nulidad el fallo con responsabilidad fiscal en atención a que no se probó la existencia de un daño patrimonial al Estado; en consecuencia, CONFIRMA la sentencia apelada.

"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 (...)" SNFT.

5.4. LOS COSTOS DIRECTOS Y LOS COSTOS INDIRECTOS EN LA CONTRATACION ESTATAL.

Teniendo en cuenta que en el proceso de responsabilidad fiscal que ahora nos ocupa, y en el fallo objeto de recurso, el daño patrimonial se ha hecho consistir en el pago por parte Empresas Públicas de Medellín- EPM, al contratista de costos de transporte que éste último incluyó dentro de los costos directos, considerando la interventoría y el equipo auditor en su momento, que ello no era procedente, es necesario abordar este concepto, que es fundamental en la elaboración de los presupuestos de los contratos estatales, más en esta ocasión, tratándose de un contrato de obra pública.

Señaló recientemente el Consejo de Estado, en Sentencia del 28 de febrero de 2022, al resolver acción de controversias contractuales en el Radicado 76001-23-33-000-2018-00206-01 (65483), que

El anterior estatuto de contratación, Decreto Ley 222 de 1983, establecía "las formas de pago en los contratos de obra" y definía el contrato a precio unitario como aquel en el cual se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije (...)

Son numerosas las sentencias de la Sección Tercera en las que se ha precisado que el contrato cuyo pago es pactado a precios unitarios, es aquel en el que las partes acuerdan el valor de las distintas unidades o cantidades de obra, de tal suerte que el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución (...)

Ahora bien, en la conformación de los precios unitarios, se tienen en cuenta todos los gastos que se requieren para realizar cada unidad o ítem pactado y lo que comúnmente se denomina análisis de precios unitarios, corresponde a la descomposición de los mismos para determinar los costos que los conforman: la maquinaria que se utilizará, calculando el valor por el precio que se requiera, la mano de obra, teniendo en cuenta el costo hora-hombre, y cuantas personas se requieren para la ejecución de esa unidad de medida, la cantidad de los materiales necesarios etc (...)

Por su parte, al lado de los costos directos, es decir, los que se relacionan directamente con la construcción de la obra, en los contratos de trato sucesivo el valor del contrato frecuentemente está integrado, además por el denominado AIU, que comúnmente se expresa como porcentaje calculado sobre los costos directos. Sobre este concepto la Jurisprudencia ha precisado:

"El denominado concepto de Administración, imprevistos y Utilidad-AIU- se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de trato sucesivo y ejecución periódica, como en los de obra 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 presenten durante la ejecución del contrato, esto es I, iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: U. A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada-lucro cesante-, esta se limita precisamente solo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el AIU del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista..."

Ahora bien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar el AIU en forma discriminada e independiente de los precios unitarios o pueden estipularlo en forma diferente, como a bien tengan convenir, pudiendo incluso no incorporarlo, entendiendo que los elementos que lo componen se encuentran incorporados en los precios y en el valor del contrato...".¹⁹

Sobre el Componente de la Administración (A) la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 14 de octubre de 2011, ha señalado:

"(...) De acuerdo con la jurisprudencia el componente (A) propuesto para el contrato, corresponde a los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista (...)". "(...) 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 (...).

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Nicolás Yepes Corrales. 28 de febrero de 2022. Acción de Controversias Contractuales. Radicación 76001-23-33-000-2018-00206-01 (65483). Demandante: Consorcio Moreno Tafurt S.A. Demandado: Municipio de Palmira.

De igual manera este Órgano de Control Fiscal, frente al tema en análisis manifestó en Concepto OAJ-005-2022 sobre el elemento de Administración en los contratos estatales, concluyó:

"()

1. La Administración (A) como componente del AIU, hace parte de los costos indirectos del contrato y por ende, con los costos directos, hacen parte integral del valor del respectivo contrato.
 2. No existe una forma única de establecer la forma de pago del componente de la Administración (A), pues en este sentido, con apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad, se tiene la libertad para establecer la forma de pactarlo.
 3. Todas, las formas de pago de la Administración (A), deben ser verificadas por los equipos auditores independiente de que se establezca en los pliegos de condiciones o en el contrato respectivo, que no es necesario el soporte de la misma, pues se debe comprobar si el precio real del contrato, incluyendo el AIU obedece a una adecuada planeación del mismo y se ajusta a los principios de la gestión fiscal.
 4. Es posible en un contrato determinado que el revisor fiscal certifique unos pagos con respecto al componente de Administración (A) o que lo propio haga el representante legal del sujeto de control, pero esta circunstancia no exime al Organismo de Control de ejercer su labor controladora, para verificar si el precio del contrato y específicamente el ítem de la Administración (A) es el reflejo de una debida planeación contractual y por lo tanto si corresponde a los precios del mercado.
 5. Se debe revisar todos los pagos realizados, independiente de que se pacte que no es necesario su soporte, pues tal deber es consustancial a nuestra labor constitucional y legal del ejercicio del control fiscal.
 6. Es posible variar el porcentaje del componente de Administración (A), en aras de lo establecido en los artículos 4° y 27 de la Ley 80 de 1993, sin embargo, su variación dependerá de la casuística contractual y de su efectiva demostración y circunstancias contractuales desplegadas por las partes de la relación contractual respectiva. Lo anterior en virtud a que en el desarrollo de un objeto contractual, es posible que se presente mayor permanencia de obra, una obra adicional o extra, suspensión del contrato, o en fin, circunstancias que se pueden presentar pero que deben ser debidamente analizadas por el equipo auditor.

Igualmente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto del cinco (05) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386), precisó:

"(...) esta Sala también ha tenido oportunidad de analizar los contratos de obra bajo la modalidad de precio unitario, entre otros, en los Conceptos del 18 de julio de 2002 y 9 de septiembre de 2008:

"Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

(...) Así, como se ha expuesto, bien es sabido que en los contratos en donde se conviene la remuneración por el sistema de precios unitarios, lo que se acuerda por las partes es "el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije", de manera tal que el valor total del contrato no es determinado sino determinable tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, bajo el supuesto, igualmente, de que el contrato de obra pública es un contrato de resultados y no de medios. El valor del contrato que se señala en su texto, es apenas estimativo del costo total, pero deberá ser cambiado a medida que se establezcan las reales cantidades de obra ejecutadas en cumplimiento del objeto contractual. (...).

La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obras celebrados a precios unitarios, no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor, porque en este tipo de contratos sólo podrá hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u alguno de los precios unitarios convenidos. Sucede en esto algo diferente a lo que se observa en los contratos a precio alzado, en los que la variación en su valor se tiene en cuenta el valor global del mismo (...).

La norma merece una reflexión adicional. Existen eventos en los que puede determinarse con una gran precisión las unidades o cantidades de obra que se van a ejecutar; pero existen otros, como sucedió en el caso sub judice, en los que el estimativo hecho de los distintos ítems apenas es aproximado y para fines más que todo fiscales, y donde es fácil que se queden ítems sin indicar y obviamente sin valorar. No puede olvidarse que la obligación del contratista es de resultado, con una finalidad comprensiva: "Las obras necesarias para la construcción de la carretera".

Estos contratos pactados a precios unitarios se diferencian de los contratos a precios global, pues en estos últimos, el contratista obtiene como remuneración una suma global fija, independiente de las mayores o menores cantidades de unidades que se ejecuten y por ende, el contratista asume los riesgos de las diferencias que surjan en las cantidades de obra y es responsable de su culminación por el precio pactado, que corresponde al precio real y definitivo”.

VI. EL CASO CONCRETO. EL GRADO DE CONSULTA Y EL RECURSO DE APELACIÓN

6.1 PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL GRADO DE CONSULTA.

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, mediante Auto 773 del 13 de diciembre de 2023, falló SIN RESPONSABILIDAD FISCAL en favor del señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, identificado con C.C. 88.136.235, quien fue vinculado al presente proceso de responsabilidad fiscal, por medio de auto de apertura 934 de 30 de diciembre de 2019, y quien para la época de los hechos, se desempeñaba como Vicepresidente Ejecutivo Proyectos e Ingeniería, conforme al acta de posesión de 05 de noviembre de 2013, y Resolución de nombramiento 2013000334 de 30 de octubre de 2013.

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. (Artículo 18 ley 610 de 2000).

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 12 de febrero de 2024²⁰ cuenta con competencia temporal para proferir la correspondiente decisión de Grado de Consulta.

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte Constitucional:

²⁰ Véase folio 530.

"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida."²¹.

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-

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión de fallo sin responsabilidad fiscal, emanada de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva precitada en autos, a fin de establecer si se encuentran acreditados o no los elementos fácticos y jurídicos que le sirvieron de sustento, de manera que su análisis permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Revisadas las pruebas que obran en la actuación, tanto las que se trasladaron como anexos del hallazgo fiscal, así como aquellas que se ordenaron y decretaron de oficio y a solicitud de los sujetos procesales en el devenir del proceso de responsabilidad fiscal, se evidencia de un abundante acervo probatorio, que en este punto, le permite al

²¹ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

Despacho tener claridad acerca de las siguientes circunstancias de orden fáctico y jurídico:

El reproche fiscal, tuvo su origen en la ejecución del Contrato CT-2013-001960, suscrito entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Sociedad INGELEL S.A.S, cuyo objeto fue: "Construcción y referenciación de dos (2) tanques de almacenamiento y vías de acceso, las conducciones entre los tanques Los Pinos - Encenillos y Los Pinos - La Esperanza, de las redes de distribución secundaria, acometidas y obras complementarias para prestar el servicio de acueducto en el sector Alto Palmas en el Municipio de Envigado". En el desarrollo de este negocio jurídico, tuvo lugar una reclamación por mayor permanencia derivada de la ampliación del plazo contractual en 116 días (Acta de Modificación Bilateral N° 1) y una reclamación por subejecución durante el plazo contractual inicial, por razones imputables a la entidad contratante.

Otra reclamación, se presentó el 10 de septiembre de 2016 por sobrecostos por mayor permanencia, incluyendo la primera ampliación contenida en la reclamación inicial y la ampliación N° 2 por 104 días. Según el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (Auto 934 de 2019), EPM reconoció en el Acta de Terminación y Liquidación del Contrato CT-2013-001960, al contratista INGELEL, las siguientes sumas sin el concepto favorable de la interventoría:

Mayor permanencia: (\$221.794.077)

Otros Gastos de Otros Gastos (sic): (\$78.122.219).

Transporte Material: (\$35.787.477, 51)

Transporte Material- Subejecución (\$6.218.942, 55).

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, efectuó el análisis para proferir auto de imputación, con fundamento en las siguientes premisas:

Se fijó como hecho generador del detrimento patrimonial, los pagos irregulares dentro del Contrato de Obra CT-2013-001960, por los conceptos de pago por mayor permanencia en obra, por los 104 días de ampliación, según la modificación N° 2 al contrato, los cuales se reconocieron sin concepto favorable de la interventoría, ni soportes que permitieran a EPM apartarse de tal apreciación. Esto por \$221.794.077.

- Pago por mayor permanencia en obra por concepto de Otros Gastos de Otros Gastos (sic). Los cuales se reconocieron sin que el contratista los hubiera desglosado de su propuesta inicial y no se evidenció soporte que demostrara el perjuicio ocasionado, por \$78.122.219

- Reconocimiento por mayor permanencia en obra por concepto de transporte de material, según la oferta inicial, los cuales según el auto de apertura se reconocieron sin que se hayan demostrado ni soportado, y que según la interventoría debieron ser parte de los costos directos, por: \$35.787.477
- Reconocimiento por subejecución, por concepto de transporte de material, los cuales se reconocieron, no obstante, según la interventoría debieron ser parte de los costos directos del contrato, por \$6.218.942, 55

Este contrato se modificó en 2 oportunidades, una que se suscribió por ambas partes el 28 de agosto de 2014, para ejecución de obra adicional, extra y eliminación de obra contractual, incremento del valor del contrato, y ampliación del plazo de ejecución del contrato en 116 días calendario, contados desde el 31 de agosto de 2014 al 24 de diciembre de 2014. Estas modificaciones, se suscribieron en razón a circunstancias que se presentaron con posterioridad a la celebración del contrato, no imputables al contratista, y que imposibilitaron su ejecución en el plazo contractual inicialmente pactado (autorizaciones y licencias ante autoridades ambientales y otras entidades del orden Nacional y Departamental).

No obstante, estimó la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, que el valor realmente reconocido por mayor permanencia durante los 104 días de la Modificación Bilateral N° 2, fue una suma total de \$206.440.633 y no de \$221.794.077, como lo había indicado el equipo auditor, por haberse incurrido en un error por parte del equipo auditor al momento de manipular la tabla para calcular el detrimiento patrimonial.

Se consideró entonces, que el reconocimiento por mayor permanencia al contratista INGELEL S.A.S., por los 104 días que permaneció en la obra, por el Acta de Modificación Bilateral N° 2, se encontraba conforme a lo pactado y por lo tanto el pago efectuado se encontraba ajustado a una correcta interpretación de la cláusula de exoneración de responsabilidad pactada, que se malinterpretó por la interventoría y el equipo auditor. Se tiene que igualmente el contratista había demostrado los gastos en los que había incurrido durante este tiempo.

En cuanto al segundo de los ítems reprochado es el correspondiente a mayor permanencia en obra por concepto de “OTROS GASTOS DE OTROS GASTOS” (sic), por \$78.122.219, se evidenció de acuerdo con las pruebas obrantes, que estos conceptos no se enmarcaban en los demás ítems de los otros gastos, que se causaron durante el tiempo en el que se ejecutaron las dos modificaciones contractuales, y que correspondían a ítems propios de los costos indirectos, por lo que no hay razón para que ello se determine como daño patrimonial.

En cuanto al ítem correspondiente al pago de transporte de material por \$35.787.477, por la mayor permanencia del contratista durante las modificaciones bilaterales, se concluyó por parte del A quo, que en el componente de Administración se incluye un ítem de transporte de materiales (camión), pues como se observó, esta actividad ya estaba incluida en los APU. Por lo tanto se valoró al momento de hacer el juicio en el auto de imputación, que incluir transporte de materiales directamente asociado a la obra, es contrario a la esencia de los costos indirectos, y al mismo tiempo del pacto contractual, por lo que era claro para la entidad contratante que el transporte hacía parte de los costos directos. En consecuencia, se imputó como detrimento patrimonial el reconocimiento al contratista tanto por subejecución como por mayor permanencia, del transporte de materiales, estableciendo un daño patrimonial que ascendió a \$6.378.642 (subejecución) y \$35.787.477, 50 (Mayor Permanencia AMB 1 y 2), para un total de \$42.006.420.

En esta misma lógica, el día 13 de diciembre de 2023, se profiere fallo con responsabilidad fiscal con respecto a dos de los investigados, y sin responsabilidad fiscal con respecto al otro, en similar cuantía de CUARENTA Y DOS MILLONES SEIS MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS M.L (\$42.006.420), la cual indexada asciende a la suma de SESENTA MILLONES CIENTO OCHO MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M.L. (\$60.108.803).

Para efectos de pronunciarse en lo relativo al Grado de Consulta, este Despacho estimó pertinente revisar los antecedentes del Proceso de Contratación PC 2011-008937, que daría lugar a la celebración del contrato cuestionado.

En el documento PLIEGOS CONTRACTUALES, se encuentra en el formulario 4, CANTIDADES, VALORES UNITARIOS Y VALORES TOTALES PROCESO DE CONTRATACIÓN, que contempla múltiples ítems en los que se encuentra incluida la actividad correspondiente a **transporte**.

Se encuentran definidas como suministro, transporte e instalación, o como suministro, transporte y colocación. También se encuentra como suministro, transporte y construcción para cada una de las actividades que así lo requerían para llevar a cabo el objeto contractual, tratándose inequívocamente de costos directos.

Se evidencian otras actividades como suministro, transporte y siembra, o suministro e instalación y montaje.

Los ítems describen desde el suministro y transporte en las diferentes actividades, lo que es lógico pensar que comprende como el verbo lo dice, desde que el proveedor se lo provee o suministra al contratista. Suministro, transporte y colocación, se entiende que comprende toda la cadena.

A página 103 del pliego de condiciones se encuentra el Formulario 11. ADMINISTRACIÓN, UTILIDAD, IMPREVISTOS, IMPACTO COMUNITARIO Y OTROS, el cual se diseñó por parte de la entidad contratante para que tales ítems se consignaran de manera global, así:

ITEM	NOMBRE	PORCENTAJE
1	ADMINISTRACION incluye un _____% de impacto comunitario	%
2	IMPREVISTOS	%
	UTILIDADES	%
	TOTAL A.I.U (incluye el impacto comunitario)	%

Calcular y escribir con dos cifras decimales

Es decir, desde el inicio del proceso de selección no se le exigió a los oferentes que se discriminaran los costos directos en el componente AIU.

Así mismo, a página 138 del pliego de condiciones, se evidencia el numeral 5.2. Administración, el cual indica:

5.2 Administración

Bajo el concepto de “Administración” EPM entiende reunidos los elementos y pasos que deben conducir a la ejecución de las obras y el cumplimiento debido de los compromisos y obligaciones adquiridos mediante el contrato. No obstante, expresamente EPM advierte que la enunciación de etapas, actividades y pasos aquí listados y las atribuciones que de ello se derivan para las partes y sus representantes, no tienen carácter exhaustivo ni enervan la posibilidad de realizar gestiones que el logro de los objetivos contractuales impongan en un marco de razonabilidad.

Llama la atención esta definición en cuanto a la administración, ya que no restringe o como dice el documento, no enerva la posibilidad de incluir otras, siempre que propendan por el logro de los objetivos contractuales.

Es igualmente importante señalar cómo desde los pliegos del proceso de contratación, se indicó como se calcularía el valor final del contrato.

5.2.2.5 Valor del contrato - Pago de la obra ejecutada

El valor final del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por EPM, por los precios unitarios aceptados y los pactados en el caso de obra extra; y el valor de los reajustes a que haya lugar en los precios de la obra contractual y adicional y en la extra si es del caso.

Durante la ejecución del contrato EPM pagará a ELCONTRATISTA los valores facturados por éste y aprobados por la misma dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de radicación de la factura. En la factura serán realizadas e indicadas las deducciones que por los conceptos de ley y otros deban efectuarse.

Se resalta también que en el numeral 7.9. se indica la documentación que debe presentar el contratista para el inicio y ejecución de las obras, así:

EL CONTRATISTA entregará las memorias de cálculo de los costos indirectos detallando la administración y el impacto comunitario dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la comunicación de aceptación de la oferta. EL CONTRATISTA entregará los formularios que se relacionan a continuación debidamente diligenciados, los cuales debe presentar dentro de los veinte (20) días calendario siguiente a la comunicación de aceptación de la oferta.

También esta instancia revisó la propuesta presentada por INGELEL S.A.S. y aceptada por EPM en el proceso de selección, evidenciando el Formulario 11 del PC 2011-008937, ADMINISTRACION, UTILIDAD, IMPREVISTOS, IMPACTO COMUNITARIO Y OTROS, con la siguiente oferta:

PC 2011 – 008937
ADMINISTRACIÓN, UTILIDAD, IMPREVISTOS, IMPACTO COMUNITARIO Y OTROS

ITEM	NOMBRE	PORCENTAJE
1	ADMINISTRACIÓN incluye un 1,33 % de impacto comunitario	30,81 %
2	IMPREVISTOS	1,00 %
	UTILIDADES	3,00 %
	TOTAL A.I.U (Incluye el impacto comunitario)	34,81 %

Calcular y escribir con dos cifras decimales

Vistos estos documentos que establecieron los términos del proceso de selección, así como la oferta aceptada por EPM, es posible colegir que no existía para el contratista la obligación de discriminar cómo se iban a invertir en el contrato los costos de administración, sino una vez suscrito el mismo, con el fin de iniciar la ejecución, y los cuales podían definirse de conformidad con lo que se entendía por administración en el numeral 5.2. de los pliegos de condiciones.



Esta cuestión es importante, toda vez que el daño patrimonial por el cual se profirió fallo con responsabilidad fiscal, finalmente se estableció por 2 pagos de transporte derivados de las modificaciones bilaterales (mayor permanencia en obra por causas no imputables al contratista, y por porcentaje de administración no reconocido por la obra que no se pudo ejecutar en virtud de las modificaciones).

En el informe de la intervención del 19 de agosto de 2015, en la página 10 (CD obrante a folio 8), se refiere a la discriminación de los costos de administración que se le venían reconociendo al contratista:

La propuesta presentada por el Contratista partía de un Costo Directo de \$4.288.137.330, sobre el cual se aplicó un porcentaje de Administración del 28,81% discriminado así:

Item	Nombre	Valor (pesos)	Porcentaje (%)	Subtotal (%)
-1	ADMINISTRACIÓN	1.235.376.009	28,81%	
1.1	Costos del proceso de contratación	1.120.120	0,03%	
1.1.1	Valor del pliego	300.000	0,0070%	
1.1.2	Valor garantía seriedad propuesta	820.120	0,0191%	
1.2	Garantías del contrato	21.210.657	0,49%	
1.2.1	Amparo de anticipo	3.599.380	0,0839%	
1.2.2	Amparo de cumplimiento	5.264.484	0,1228%	
1.2.3	Amparo de pago de salarios y pres. sociales	2.565.514	0,0599%	
1.2.4	Amparo de estabilidad de la obra	3.427.235	0,0789%	
1.2.6	Amparo de Calidad	2.314.558	0,0540%	
1.3	Garantía de responsabilidad Civil Extr.	1.098.280	0,0258%	
	Papelería + IVA de garantías	2.940.206	0,0685%	
1.4	Impuestos	432.251.991	10,08%	
1.4.1	Impuesto de Industria y Comercio	27.430.730	0,6397%	
1.4.2	Impuesto de Timbre	0	0,0000%	
1.4.3	Impuesto Estampilla U. de Antioquia	57.147.355	1,3327%	

C-C333-GRCL-6130-1554]

ítem	Nombre	Valor (pesos)	Porcentaje	Subtotal (%)
1.4.4	Contribución especial 5% del valor del contrato o de la respectiva adición (Artículo 6- Ley 1106 de diciembre 22 de 2006)	285.736.775	6.6634%	
1.4.5	Otros impuestos (Retención en la fuente por renta y complementarios)	41.813.000	0.9751%	
1.4.7	Impuesto del 4x1000	20.124.131	0.4593%	
1.5	Personal de Admón. del Contrato	263.711.729	6.15%	
1.5.1	Director(es) de Obra	47.588.385	1.1098%	
1.5.2	Ingeniero(s) residente(s)	49.449.885	1.1532%	
1.5.3	Ingeniero Auxiliar (profesional en formación)	16.064.212	0.3746%	
1.5.4	Tecnólogo auxiliar del residente	18.493.337	0.4313%	
1.5.5	Encargado(s) de la obra	38.870.756	0.9065%	
1.5.6	Gestor Social	21.837.891	0.5093%	
1.5.7	Auxiliar de Gestión social	16.582.248	0.4333%	
1.5.8	Tecnólogo en salud ocupacional	16.039.055	0.3507%	
1.5.9	Gestor de Calidad	17.070.191	0.3981%	
1.5.10	Gestor de Riesgos	4.515.771	0.1053%	
1.5.11	Otros costos de admón.	16.200.000	0.3778%	
1.6	Otros gastos	517.081.512	12.06%	
1.6.1	Arrendamiento de bodegaje y servicios públicos	23.700.000	0.5527%	
	Otros equipos en obra	12.830.000	0.2992%	
1.6.3	Transporte de materiales (camión)	29.280.000	0.6828%	
1.6.4	Transporte del personal de admón.	24.910.000	0.5809%	
1.6.5	Gastos de papelería y permisos	4.530.000	0.1056%	
1.6.6	Otros costos de admón. (ensayos de laboratorio)	26.950.000	0.6751%	
1.6.7	Computador, impresora	3.720.000	0.0868%	
1.6.8	Cellulares (Todos los necesarios para la Administración del contrato)	4.232.000	0.0987%	
1.6.9	Instalaciones provisionales	18.150.000	0.4233%	
1.6.10	Recargas nocturnas y alimentación	10.000.000	0.2332%	
	Gastos financieros	42.369.798	0.9881%	
1.6.11	Otros gastos	314.409.714	7.3321%	

Tabla 4 - Discriminación de los costos de Administración

Frente a los pagos objeto de reproche, se consideró en su momento por parte de la interventoría que los valores por transporte de material que se reclamaban por parte del contratista como costo indirecto, por considerar que todas las actividades que estuvieran asociadas a transporte, **tenían que estar incluidas en los costos directos**.

No obstante, pudo verificar este Despacho, que en la actuación, reposan válidamente, declaraciones juramentadas de personas que en su momento se desempeñaron en el proyecto, como la señora Sandra García, directora de Obra por parte de la empresa INGELEL S.A.S., quien en diligencia de 26 de julio de 2023, expuso que efectivamente se realizaron 2 modificaciones debidas a trámites con autoridades ambientales que llevaron a que tuvieran que cambiarse los diseños, por lo que fue necesario adicionar tiempo a la ejecución del contrato. Resaltó la profesional, que se tenían unas condiciones representadas en unos costos de administración para 180 días que era el plazo inicial del contrato, y la ejecución tuvo que extenderse por 220 días más. Eso generó para esa empresa contratista una subejecución en los costos administrativos que no podrían alcanzar a cubrir.

Indica que las reclamaciones se hicieron por subejecución en los gastos de administración, porque era lo que se tenía proyectado y pactado en la AIU, y que la empresa INGELEL S.A.S. no logró percibir por los citados inconvenientes. Se reclaman son los gastos administrativos en que se incurrió en ese tiempo adicional.

También se le interroga a la señora Sandra García por el pago por mayor permanencia en obra por transporte de material en la suma de \$35.787.477.51, frente al que manifiesta que la empresa INGELEL S.A.S. tuvo que pagar unos transportes adicionales debido a que las condiciones del contrato en ese momento no eran condiciones normales, por lo que hubo que acondicionar un campamento como bodega general y de ahí transportarlo a los diferentes frentes.

Señala que el APU incluyó un transporte, al de la bodega general, desde el momento que se compra el material y llega a la obra, y que en condiciones normales no se habría incurrido en unos transportes adicionales, pero en esta obra hubo que incurrir en gastos adicionales para el transporte de material para las labores diarias. Esos transportes adicionales son los que INGELEL reclamó. Señaló la Ingeniera que INGELEL S.A.S. siempre fue claro que su reclamación era por mayor tiempo de permanencia en obra y la subejecución del contrato. (Folio 247-256).

Se tiene también declaración del señor Daniel Pérez Patiño, Ingeniero Sanitario, y quien para la época de los hechos tenía el cargo de Profesional de Proyectos e Ingeniería, y apoyó al equipo de EPM en las negociaciones con INGELEL S.A.S. y la interventoría y en la liquidación del Contrato 2013001960.

El señor Pérez Patiño compareció el 14 de septiembre de 2023, y sobre los hechos investigados manifestó:

El contratista no logró ejecutar el objeto contractual ni todas las cantidades de obra por lo que hace una reclamación por mayor permanencia y subejecución. Esto es, lo que está establecido y probado que se les reconoció, lo de la reclamación por mayor permanencia y subejecución. También señala que hubo una interpretación errónea por parte de la interventoría de la cláusula de exoneración de la responsabilidad.

En cuanto a la diferencia entre el concepto de transporte que hace parte de los costos directos, y el concepto de transporte de materiales en los costos indirectos, que reclamó el contratista INGELEL S.A.S. en las reclamaciones por mayor permanencia en obra y por subejecución, explicó que en este caso y por las dificultades que hubo para la cabal ejecución del contrato, las distancias entre los frentes de trabajo eran muy amplias y habían muchas restricciones dentro de esos transportes internos de la bodega de material hacia esos frentes de trabajo, y se definió que no podían dejar material sobre

las vías y sobre esas zonas, entonces decidieron incluir ese rubro de transporte de materiales dentro de la administración y eso fue lo que soportaron cuando nos entregaron dentro de su reclamación, es decir, en los costos directos ellos incluyeron el transporte desde las canteras hasta la bodega central y el que incluyeron en la administración era desde su bodega a los diferentes frentes de obra y retornarlos porque no podían dejar los materiales en los frentes de obra. (Folio 308-313).

Por último, el día 14 de septiembre de 2023, también se recibió declaración juramentada al señor Juan Carlos Herrera, quien fungió como Jefe de la Unidad de Proyectos Centralizados 1, quien explicó las razones por las cuales, no se pudo ejecutar el contrato según lo proyectado, dando lugar a las reclamaciones por parte del contratista:

Por el tema de la Veda Ambiental que implicaba la autorización de una autoridad ambiental ya de nivel nacional, fue necesario realizar la modificación de los diseños, y ello obligó incluso a la construcción de un “vosolver”. Aclaró que es una situación que no se deriva por parte del contratista y que obligó a que el contratista prácticamente no pudiera ejecutar la obra.

Dijo que efectivamente las reclamaciones presentadas por el contratista, estaban orientadas a situaciones de mayor permanencia y situación de subejecución, y que no se le podían reconocer los gastos de transporte de material que se habían incluido dentro de la administración, porque no hacían parte de la propuesta inicial. (Folio 314-319).

Vistos los principales aspectos que llevaron a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva a considerar que había un daño cierto, objeto de reproche por la vía de la responsabilidad fiscal, y a proferir fallo condenatorio con respecto a dos servidores de EPM y sin responsabilidad fiscal, en favor del otro de los investigados, esta Instancia Revisora, ha logrado arribar a las siguientes inferencias y conclusiones:

Emerge del estudio de las pruebas que reposan en el expediente y que han sido válidamente allegadas a la investigación, entre ellas los pliegos de condiciones, que había gestiones que eran propias de Empresas Públicas de Medellín como contratante y dueño del proyecto ante diferentes autoridades, tales como permisos, licencias, negociación de predios, con los cuales se debía contar desde el inicio y durante la ejecución de la obra, cuya consecución no se logró de manera oportuna, lo que condujo a que la obra no pudiera ejecutarse como estaba concebida y presupuestada, llevando incluso a la variación de diseños, y cambio en las cantidades de obra y disminución de obra a ejecutar. Ello equivale a decir que Empresas Públicas de Medellín- EPM, como contratante y dueña del Proyecto con su falta de previsión y diligencia en cuanto a la consecución de permisos y autorizaciones ante las autoridades ambientales y otras de índole Nacional y Departamental, influyó para que se diera la mayor permanencia en

obra y la sub ejecución que a la postre tuvo que ser reconocida al contratista INGELEL S.A.S. en aras de restablecer su equilibrio económico.

La cláusula de exoneración de responsabilidad, se pactó en una de las modificaciones bilaterales, y su real alcance se definió en el sentido que al contratista no le estaba permitido hacer reclamaciones asociadas a obras extras, adicionales y la mayor cuantía del contrato, pero no le prohibió reclamar por la mayor permanencia en obra y por subejecución. Es decir, esa exoneración está directa y exclusivamente asociada a las obras adicionales y extras, cláusula que no se interpretó de manera adecuada por la interventoría.

A raíz de las situaciones que llevaron a que no pudiera ejecutarse el proyecto como estaba contratado, y la necesidad de suscribir las modificaciones al contrato, la inclusión del ítem de transporte de material dentro de los costos indirectos (Administración), fue entendida y aceptada por EPM como entidad contratante, y por ende, el costo de transporte si se le debía pagar al contratista, de acuerdo con lo pactado, y con el alcance dado a la cláusula de exoneración de responsabilidad, tenía derecho a reclamarlo. Adicionalmente, el contratista se encontraba en una situación que le imposibilitaba ejecutar las actividades que había presupuestado desde el inicio del contrato en los APU (análisis de precios unitarios), por lo que era la posibilidad que tenía para que le fueran reconocidos estos gastos en los que tuvo que incurrir por razones no imputables a él, como ya ha quedado demostrado, y los cuales como también se acreditó, fueron debidamente soportados.

Con fundamento en lo anterior, estima el Ad quem, que los hechos investigados y objeto de reproche en el proceso de Responsabilidad Fiscal, no dieron lugar a que se configurara un daño al patrimonio de la entidad pública contratante, por estar justificados los reconocimientos por mayor permanencia en obra y subejecución, además de que no se puede afirmar que tal hecho vaya en contravía de las estipulaciones contractuales o de lo que se ha decantado por parte de la Jurisprudencia y la doctrina, acerca del pacto contractual, siempre que el mismo no desconozca los límites legales, ni tenga un objeto ilícito.

6.2. SOBRE EL RECURSO DE APELACION.

Mediante Auto 042 de 07 de febrero de 2024, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, confirmó el Auto 773 de 2023, y concedió el recurso de apelación, por tanto procederá el Despacho al análisis de los argumentos y cargos presentados por los apelantes.

ABOGADA BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN (Apoderada de CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO Y JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ).

El día 14 de diciembre de 2023, se efectúa notificación personal del AUTO N° 773 de 13 de diciembre de 2023, a la doctora BEATRIZ ESTRADA TOBÓN, apoderada contractual de los investigados Wilson Chinchilla Herrera, José Fernando Mejía Arbeláez y Claudia Marcela Escudero S. En consecuencia, el día 19 de diciembre de 2023, la apoderada de los investigados José Fernando Mejía Arbeláez y Claudia Marcela Escudero, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra el fallo que declara responsables fiscalmente a sus representados. No así en lo relacionado con el señor Wilson Chinchilla Herrera, ya que frente a este último el fallo proferido fue sin responsabilidad fiscal.

Los cargos o motivos de inconformidad con el fallo proferido en el proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 045 de 2019, son los siguientes:

Comienza afirmando que la decisión controvertida responsabiliza a sus poderdantes por EPM haber reconocido el pago al contratista Ingelel SA, los valores reclamados por concepto de transporte de materiales, por mayor permanencia y subejecución, dentro de los costos indirectos del Contrato N° CT-2013-001960.

Manifiesta que no le asiste la razón a la Contraloría, teniendo en cuenta que contrario a lo considerado por el Ente de Control Fiscal, los valores reconocidos y pagados al contratista por concepto de transporte de material en los gastos indirectos del contrato, se encontraban incluidos por estipulación expresa de las partes en el AIU del contrato, en virtud de la autonomía de la voluntad de que estos gozan, y por tanto no podían ser desconocidos por las mismas, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es Ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o causas legales. Cita igualmente el artículo 132 de la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios), según el cual, el contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en dicha Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Continúa diciendo que las entidades, aún las excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento. En tal perspectiva, cuentan con discrecionalidad para establecer en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato, el sistema de precios unitarios y la figura del AIU.

Resalta que la decisión de incluir el AIU, al igual que la metodología de delimitación de sus variables-ítems y porcentajes- debe obedecer a un juicioso análisis de oportunidad y conveniencia, que consulte las reglas de la experiencia, así como los aspectos particulares de cada negocio, y que se armonice con la garantía de los principios de la función

administrativa y de la gestión fiscal, dentro de los cuales se halla el principio de, economía, postulado que exige la optimización de los recursos públicos (...). Insiste en que no existe ninguna reglamentación que establezca porcentajes mínimos o máximos para determinar el AIU, cada empresa o comerciante de acuerdo con su infraestructura, experiencia, 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 que le sea adjudicado.

Es así como, para la recurrente el proponente gozaba de completa facultad para definir el valor de los costos indirectos, en los que podía incluir todos aquellos gastos necesarios para la correcta ejecución de la obra y que correspondían a rubros que no hacían parte del precio unitario (APU) de las actividades o ítems propios con los que se construiría el objeto del contrato, y replica, que no le es dable a la Contraloría pretender establecer cuáles y cuantos conceptos podían estar comprendidos dentro del AIU del contrato, ni mucho menos afirmar que todo valor de transporte, sin distinción alguna, debía considerarse incluido dentro de los costos directos o APU del contrato.

Dice también que los precios cotizados en el formulario 4 que hace parte de los Pliegos de Condiciones y Especificaciones Técnicas del Contrato, deben considerar y contener el pago de trabajos debidamente terminados, de conformidad con las especificaciones, y deberán comprender todos los gastos necesarios en equipos, materiales, herramientas, maquinaria, transporte, mano de obra, prestaciones sociales, dirección y administración, utilidad del proponente y todos los gastos que puedan afectar el costo directo e indirecto de las mismas. Es así como en este documento, para el caso que nos ocupa, pone de presente la recurrente, que en el formato se establecieron por parte del contratista las cantidades, valores unitarios y valores totales del contrato, que eran requeridos para el cumplimiento de su objeto contractual, entre los que se encuentra, el transporte de material el cual comprende el transporte por medio del cual el proveedor del contratista movilizaba a las bodegas de este los materiales adquiridos para la obra.

Expone que en efecto el contratista INGELEL S.A., presentó el desglose de la administración y dentro de esta, el transporte referido, desglose que aparece también referenciado en el informe de interventoría, Radicado EPM N° 201620218731, y que figura en dicho informe como el insumo tenido en cuenta por dicha interventoría para realizar el análisis de la reclamación formulada por el contratista.

Habida cuenta de lo anterior, manifiesta la apoderada que los argumentos de este Ente de Control, carecen de sustento fáctico y jurídico y conllevan irrefutablemente a fallo viciado de ilegalidad ante una infracción clara de los motivos de derecho en que se pudiera fundar, en la medida en que desconoce la voluntad de las partes que claramente establecieron el precio del contrato con base en tres documentos que deben ser interpretados integralmente:

1. Los APU del contrato
2. El precio global de la Administración (AIU)
3. Las memorias de cálculo de los gastos del AIU

Documentos que claramente están comprendiendo el transporte y que la Contraloría desconoce y les resta toda fuerza normativa y contractual, sin justificación alguna, contraviniendo la voluntad de las partes, hecho este que vicia de ilegalidad el fallo recurrido en los motivos de hecho y de derecho en que se fundamenta.

Dice que además de la nulidad por ilegalidad, estamos en presencia de nulidad por inconstitucionalidad del fallo proferido por medio del Auto N° 773 del 13 de diciembre de 2023. Esto, porque según la togada, este Órgano de Control Fiscal está usurpando competencias como lo son invalidar un contrato legalmente celebrado, lo cual según ella, solo le es permitido a las partes por consentimiento mutuo o por un Juez por causas legales. Seguidamente, señala y discurre acerca de lo que ha sostenido el Consejo de Estado, con respecto a la competencia como limitación de la potestad de la autoridad administrativa en tanto requisito de validez de los actos administrativos. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 22 de julio de 2021. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00163-02 (4789-18)).

Finalmente, descansa su argumento en la inexistencia de detrimiento patrimonial, afirmando que EPM al momento de reconocer los conceptos objeto de la reclamación del contratista, no tuvo en cuenta el concepto de la intervención, por cuanto las memorias de cálculo de los costos indirectos entregados posteriormente a la aceptación de la oferta, incluían los costos de transporte de material (camión) como un rubro considerado como un costo indirecto.

Explica que el ítem de transporte de material que se encuentra en el APU, y el que se incluyó en el detalle de los costos indirectos, ya que este último es el que consiste en los traslados internos entre los campamentos o bodegas del contratista y los frentes de obra, y que no fue posible estimar en los costos directos, por no estar el lugar de acopio definido al momento de la realización de la oferta. No así con los costos directos, ya que al conocerse desde un principio la zona del proyecto para cotizar el envío de los materiales desde el proveedor a dicha zona, lo cual si es estimable.

Enmarca su disenso también, con respecto al aspecto del dolo o la culpa grave, diciendo que si no hay daño, menos podrá hablarse de que concurre dolo o culpa grave en la conducta de sus representados Claudia Marcela Escudero y José Fernando Mejía Arbeláez.

Alega que no es cierto que los mismos hayan omitido el cumplimiento de sus deberes y no hayan realizado un análisis minucioso de la propuesta del contratista y de los ítems que se encontraban incluidos en la misma, tanto dentro de los gastos directos del contrato (APU), como dentro de los gastos de administración (AIU), sino que por el contrario fue en razón de su evaluación que se estableció que había lugar al reconocimiento de los gastos de administración reclamados por el contratista por concepto de mayor permanencia y subejecución del contrato, y específicamente en lo que se refiere a los gastos de transporte de material, pues los mismos hacían parte del contrato, y se reitera que este es ley para las partes. Dice que por el contrario la conducta de sus representados mostró diligencia y cuidado.

El último argumento se denomina “*Inexistencia de daño por interpretación plausible de las normas jurídicas e improcedencia de la declaratoria de responsabilidad*”.

Para ello, trae a colación el Concepto N° 80112EE15354 de 13 de marzo de 2006 de la Contraloría General de la República, en el cual señala, según lo indica la recurrente, que respecto de las diferencias interpretativas plausibles de las normas jurídicas, si la interpretación que realizó la administración es plausible, la actuación debe entenderse como lícita y por lo tanto no podría decirse que exista un daño.

Cita en similar sentido Fallo de 18 de diciembre de 2006, de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, en fallo de segunda instancia que revocó una sanción disciplinaria y absolvio a los investigados, Radicación 074-05384-06.

Del mismo modo, refiere que el Consejo de Estado ha sentenciado acerca de supuestos en que se imposibilita a la administración la imposición de la sanción por inexactitud cuando hay diferencia de criterios (Sentencia de 01 de noviembre de 2012, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas en el Radicado 17001-23-31-000-2006-00788-01 (18109).

En consecuencia, solicita la apelante que se conceda el recurso de apelación y se proceda a revocar la providencia recurrida.

A su turno, el doctor JUAN CAMILO ARANGO RÍOS, apoderado especial de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. el día 21 de diciembre de 2023, allega escrito mediante el cual interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del Fallo N° 773 de 13 de diciembre de 2023.

Hace consistir el Abogado ARANGO RÍOS, sus argumentos de disenso frente al fallo de la siguiente manera:

En primer lugar, pone de presente que en el presente proceso, existe una ausencia total de daño al patrimonio de la entidad presuntamente afectada.

Sostiene que los pagos efectuados al contratista en manera alguna fueron arbitrarios, y más allá de que en el contrato inicial no se hubiera discriminado entre transporte interno y externo, el despacho debe tener en cuenta que estas adiciones contractuales constituyen ley para las partes y que se hicieron en virtud de las circunstancias que llevaron a suscribir dos modificaciones contractuales para efectos de reconocer el transporte vía gastos indirectos, por cuanto estos gastos, se reitera, habían parte de las modificaciones objeto de la adición contractual, y que ello se hizo precisamente para llevar a buenos términos el contrato.

Insiste en que una cosa son los costos que se generan por concepto de transporte incluidos en la propuesta inicial, que estaban destinados al transporte de los materiales de las instalaciones del proveedor del contratista a las instalaciones o bodegas del contratista y otro asunto muy diferente, con otro objeto contractual diferente, con otra finalidad muy específica, es el costo que se genera por transportar los materiales dejados en la bodega del contratista a los diferentes puntos de ejecución del contrato, pues como se desprende del material probatorio, las obras se estaban ejecutando en diferentes puntos, por lo cual, necesario resultaba para el contratista hacer estos movimientos.

Se hace mención igualmente de las situaciones que llevaron a que en la ejecución del contrato se configurara una mayor permanencia en obra, factores ajenos al contratista. Por ello, estos costos de transporte fueron necesarios y aceptados por las partes para llevar a buenos términos el objeto contractual y que la entidad recibiera la obra a satisfacción, por lo que no se puede afirmar que exista un daño al patrimonio del Estado.

Manifiesta el apoderado de la compañía aseguradora, que “la decisión de la contraloría para fallar con responsabilidad fiscal, únicamente consiste en lo dicho por la interventoría cuando manifiesta que estos costos de transporte debieron ser incluidos en la propuesta inicial, sin embargo, el Ente de Control no realiza un profundo análisis respecto a los elementos de la responsabilidad fiscal, ya que las fundamentaciones de la interventoría no necesariamente están debidamente soportadas de cara a los hechos que se presentaron para que los contratantes tomaran la decisión de realizar 2 modificaciones a la mayor permanencia en obra...”.

Además de lo anterior, expone en su recurso el apoderado de la compañía garante, la ausencia de prueba con respecto a la conducta gravemente culposa supuestamente desplegada por los presuntos responsables.

Interroga al Despacho en el sentido de si la conducta de los presuntos responsables, realmente fue negligente o de poca prudencia, frente a lo que afirma que ello no fue así, ya que si los investigados no hubieran actuado como lo hicieron, los resultados de las obras no habrían llegado a buenos términos, porque era estrictamente necesario movilizar los materiales de las bodegas a los distintos puntos de ejecución para lo cual era imperioso contratar el transporte de estos, y por otro lado, también está acreditado que la administración recibió a satisfacción las obras ejecutadas. Por lo anterior, se considera que el ente de control no logró probar los dos principales elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, el daño y la culpa grave.

Resalta nuevamente que el Ente de Control no tomó en cuenta las pruebas aportadas por los presuntos responsables, no reprocha las demás adiciones y se basa únicamente en lo afirmado por la interventoría, y no se analizan adecuadamente los elementos de la responsabilidad fiscal, más allá de lo dicho por la interventoría.

Con base en lo dicho, el Abogado ARANGO RÍOS, solicita al despacho REPONER EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, en el sentido de fallar sin responsabilidad fiscal y proceder con la desvinculación de la compañía aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (Omite el recurrente solicitar expresamente al Despacho a la hora de desatar el recurso de apelación, deprecar la pretensión de revocar o aclarar el fallo).

6.3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO PARA DECIDIR EL RECURSO DE APELACION.

Revisadas las circunstancias de tipo fáctico, y puesto de presente el marco jurídico de los hechos objeto de reproche fiscal, así como las premisas esbozadas por los sujetos procesales para oponerse al fallo emitido en primera instancia, a continuación, esta instancia revisora se pronunciará con respecto a los mismos:

Como lo expresa la doctora Beatriz Estrada Tobón, y trayendo a colación lo ya descrito en lo tocante con las condiciones fijadas por Empresas Públicas de Medellín-EPM como contratante, así como teniendo en cuenta las vicisitudes que se presentaron en el desarrollo del contrato, y que llevaron a celebrar las consabidas modificaciones, se tiene que si bien los gastos finalmente reconocidos al contratista por concepto de subejecución y gastos de transporte que de manera posterior a la celebración del contrato se incluyeron en los costos directos, obedecieron a un pacto que se estima como válido, dentro del margen de las estipulaciones que regían la ejecución del contrato, especialmente en lo que a la determinación y confección del presupuesto del contrato de obra pública, cuya forma de pago se haya establecido a precios unitarios.

En relación con este tema, recientemente, mediante sentencia de 02 de marzo de 2022, al decidir recurso de apelación en el medio de control controversias contractuales, se analizó litigio con similares connotaciones fácticas por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Así las cosas, la Sala observa que, contrario a lo afirmado por el Contratista, los ítems de obra nueva y sus precios unitarios acordados por las partes son sin duda alguna los expresamente relacionados en el acuerdo modificadorio No. 3, negocio jurídico vinculante para las partes, que por supuesto no logra desvirtuarse o modificarse mediante la suscripción por parte de la Interventoría y el contratista de actas de fijación de precios anteriores y/o posteriores al mismo. A la anterior conclusión arriba la Sala partiendo de recordar que el soporte sobre el que se estructura el régimen contractual, incluida la contratación pública, es el mutuo consentimiento de las partes que da lugar al nacimiento de obligaciones recíprocas, como expresión de la autonomía de la voluntad y del que emerge la fuerza vinculante del negocio jurídico libremente convenido y el deber de ejecutar lo acordado en los términos pactados. El principio enunciado – pacta sunt servanda, garante de la seguridad jurídica, constituye pilar esencial de las

relaciones contractuales y encuentra su fundamento en la autonomía privada de la voluntad como fuente primaria de derechos y obligaciones. Tanto es así, que toda la estructura jurídica construida sobre la base del poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, descansa en la confianza de que se cumplirá aquello que se conviene libre y voluntariamente. En efecto, la fuerza obligatoria del contrato se funda en la voluntad o querer de las partes que intervienen en él, teniendo éstas la facultad de limitar su libertad para asumir un deber de conducta en razón a una determinada causa. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, recogen este principio en los artículos 1602 y artículo 871, respectivamente, según los cuales los contratos válidamente celebrados son ley para los contratantes y no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por las causas legales²².

Ahora bien, con respecto a los efectos de la autonomía de la voluntad de las partes que celebran un contrato estatal, argumento cardinal de los apelantes, y los límites Legales y Constitucionales que deben ser propios a la misma, sentenció también el Consejo de Estado en proveído del 04 de mayo de 2020:

Sobre el principio de la autonomía de la voluntad la Corporación ha señalado: "El principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad, de modo que "en ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, (sic) cuál es el ámbito propio de disponibilidad de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico".

Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido los siguientes parámetros en torno al principio de la autonomía de la voluntad:

"a. El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes.

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintidós (2022) Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia Radicación: 25000-23-36-000-2017-00442- 01 (64165) SALGADO Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes.

c. Aun cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, éstos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público.

d. El Estatuto General de Contratación Estatal, (sic) reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico.

Por ello en el artículo 32 se señala que "son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad..." (...)²³.

En consecuencia, de acuerdo con las particularidades del negocio jurídico, en este caso, las cantidades de obra que se tenían proyectadas según como había sido concebido inicialmente el proyecto, debieron ser modificadas para finalmente proceder a desarrollarse de acuerdo con las variaciones que fue necesario introducir; así mismo, desde la misma etapa precontractual (pliegos de condiciones), se tenía para el oferente que resultara seleccionado y posterior contratista, la obligación de detallar los costos indirectos para el inicio de la ejecución de la obra, lo que desde luego otorgaba cierto margen de disposición de las partes con respecto a la estructuración de los costos directos e indirectos, conforme se fuera adelantando el proyecto.

En este orden, le asiste la razón a la apoderada de 2 de los investigados a quien se declaró en primera instancia fiscalmente responsables, cuando esboza una afirmación en similar sentido de la conclusión a la que arribó este despacho al revisar integralmente el trámite y resolver lo relativo al grado de consulta, en el sentido que por las razones ampliamente explicadas, no se avizora detrimento patrimonial. Concurre igualmente acierto en sus reflexiones en cuanto a que si no se encontró con certeza el elemento daño, no hay lugar a hablar de dolo o culpa grave en la conducta de sus representados.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, expediente 13.073, M.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros

En este punto, opina este Despacho que una vez decantado el aspecto referente a la inexistencia de detrimiento patrimonial, no es menester abordar el análisis frente a los demás elementos de la responsabilidad fiscal.

Se expone igualmente, en este escrito de disenso que acorde con la calificación jurídica como detrimiento patrimonial, de los pagos realizados al contratista en virtud de las reclamaciones, el fallo de primera instancia se encuentra viciado de nulidad, por vulnerar las normas en que debía fundarse, argumento que desde luego ya no se encuentra llamado a prosperar, toda vez que precisamente con base en el análisis de las fuentes regulatorias, que rigieron este negocio jurídico en particular, no se encontraron como irregulares los valores reconocidos a la empresa INGELEL S.A.S.

En cuanto a las alegaciones del apoderado de la compañía SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., quien igualmente presenta como principal reflexión la inexistencia de detrimiento patrimonial, esta instancia revisora considera que se ha ilustrado suficientemente y se realizó un análisis juicioso e integral de la prueba que llevaron a formular las respectivas conclusiones en cuanto a las circunstancias en las que se dieron las modificaciones contractuales. Se logró dilucidar también que como resultado de ello, fue necesario establecer nuevos frentes de obra cuyo material debía ser transportado, tanto de ida, como de regreso.

Se evalúa también, que lo acordado en este tema, se encontraba dentro de las posibilidades de variación que se podían definir en un momento dado por quienes eran parte en el negocio jurídico, siempre que ello se soportara adecuadamente, como en efecto sucedió.

De igual manera como se le respondió en párrafos precedentes a la otra recurrente, la inferencia consistente en la ausencia de daño, hace que no sea menester, ahondar en el análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal, como la culpa grave o el dolo y el nexo causal. Finalmente se le pone de presente al doctor ARANGO RÍOS, que tanto para revisar los hechos que nos ocupan en sede de consulta, como para dar respuesta a los argumentos de disenso en el presente recurso ordinario, se revisaron de manera integral los diferentes medios de prueba arrimados al trámite fiscal, tanto de oficio como a solicitud de los sujetos procesales.

Por las razones anteriores, el Despacho procederá a REVOCAR la decisión contenida en el Auto 773 de 13 de diciembre de 2023, proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en contra de JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, con cédula 7.161.055 y CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, con cédula 43.562.935, y en su lugar fallar sin responsabilidad fiscal a su favor.

En consonancia con lo expuesto, el Contralor Distrital de Medellín,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. REVOCAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 773 del 13 de Diciembre de 2023 (Rad. N°045-2019), por medio del cual se **FALLÓ CON RESPONSABILIDAD FISCAL** en cuantía de SESENTA MILLONES CIENTO OCHO MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS M.L. (\$60.108.803)-INDEXADO, en contra de JOSÉ FERNANDO MEJÍA ARBELÁEZ, con cédula 7.161.055 y CLAUDIA MARCELA ESCUDERO SAÑUDO, con cédula 43.562.935, y en su lugar **FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** a su favor, por las consideraciones expuestas en este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar fallo **SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** en favor del señor WILSON CHINCHILLA HERRERA, con cédula 88.136.235, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR LA DESVINCULACION de la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., identificada con Nit. 890.903.407-9, en calidad de tercero civilmente responsable.

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

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

NOTIFIQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE


PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Juan Sebastián Gómez Patiño/Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: Marcela Bedoya J – Profesional Universitario 2 

