

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 019 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° 029 de 2019

Medellín, veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Funcionario competente	La Subcontralora encargada con funciones de Contralor Distrital de Medellín según Resolución 0335 del 18 de marzo de 2024: ALEJANDRA MARÍA SOTO SANTA.
Objeto Decisión Despacho Contralor:	Resolver grado de consulta y recurso de apelación
Entidad Afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN
Hecho (s) Investigado (s):	Falta de aplicación de la deducción financiera por pronto pago en la Factura BOG-49885, cancelada vía transferencia electrónica el 23 de agosto de 2018.
Cuantía del Daño:	Setenta y nueve millones doscientos noventa y seis mil novecientos nueve pesos m.l. (\$79.296.909).
Imputados:	JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ.
Garante:	Seguros Generales Suramericana S.A. - NIT 890.903.407-9
Decisión Primera Instancia:	Fallo mixto: Fallo con y sin responsabilidad fiscal
Procedimiento:	Verbal doble instancia
Temas y Subtemas	Recursos en el Proceso Verbal/Daño Patrimonial/Culpa grave/Gestor Fiscal/Descuento por pronto pago
Decisión Despacho Contralor	CONFIRMA

1. OBJETO DE LA PRESENTE DECISIÓN: RESOVER UN GRADO DE CONSULTA Y UN RECURSO DE APELACIÓN

La Subcontralora encargada con funciones de Contralor Distrital de Medellín según Resolución 0335 del 18 de marzo de 2024, en ejercicio de las competencias prescritas en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*¹),

¹ Modificada por la Resolución N° 482 de 2022

procede a resolver el grado de consulta y el recurso de apelación contra la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en Audiencia del 23 de febrero de 2024.

2. HECHOS Y ANTECEDENTES

2.1 HECHOS FISCALES OBJETO DEL PROCESO

Mediante Memorando 1116-201800012948 del 21 de diciembre de 2018, el Contralor Auxiliar de Auditoría Fiscal Ambiental, dio traslado a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de un hallazgo fiscal, determinado en la Auditoría Regular vigencia 2017. Folio 2.

El hecho irregular que activó la competencia de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, fue el presunto pago irregular en la ejecución del Contrato CT-2017-001538 celebrado entre EPM y la firma REFORESTADORA DE LA COSTA S.A.S., según Factura BOG-49885 por \$79.296.909, la cual fue cancelada 29 días antes del vencimiento contraviniendo lo dispuesto en la Circular Interna N° 1295 de 1994. Folio 2, 34.

2.2 PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

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

- JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO, en calidad de Director Ambiental Social y sostenibilidad Proyecto Ituango EPM. Folio 34.
- MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ, Directora de Transacciones Financieras EPM. Folio 34.
- SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. con NIT 890.903.407-9, en virtud de la Póliza Nro. 0475631-6. En calidad de garante.

2.3 CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

En el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, del 31 de octubre de 2019, el daño patrimonial se determinó en \$79.296.909, sin indexación. Folio 34.

2.4 ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Mediante Auto 505 del 17 de julio de 2019, se comisionó al Abogado Martín Alonso García Agudelo para adelantar el Proceso Radicado 029-2019. Folio 2.
- Mediante Auto 801 del 31 de octubre de 2019, suscrito por Iván Darío Zuluaga Pimienta, se dictó Auto de Apertura e Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 029-2019, por el procedimiento verbal². Folio 34.
- Mediante Auto 201 del 5 de mayo de 2022 se comisionó al Abogado Iván Darío Zuluaga Pimienta, para adelantar el trámite del proceso. Folio 103.
- El día 27 de octubre de 2022 se trató la audiencia de descargos, conforme al artículo 98 de la Ley 1474/11. Acta 019 de 2022. Folio 117.
- Mediante Auto 743 del 10 de febrero de 2023 se comisionó a la Abogada Beatriz Elena Colorado Arcila para adelantar el trámite del proceso. Folio 168.
- Mediante Auto 755 del 30 de noviembre de 2023, se denegó una solicitud de aplazamiento de audiencia. Folio 174.
- El día 12 de diciembre de 2023 continuó la audiencia de descargos, conforme al artículo 98 de la Ley 1474/11. Acta 028 de 2023. Folio 192.
- Mediante Auto 761 del 6 de diciembre de 2023, se denegó una solicitud de nombramiento de abogado de oficio, conforme a lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Ley 610 de 2000³. Folio 174.
- El día 14 de diciembre de 2023 continuó la audiencia de descargos, conforme al artículo 98 de la Ley 1474/11. Acta 029 de 2023. Folio 199.
- Mediante escrito del 12 de diciembre de 2023, el Sr. JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO, presentó argumentos de defensa frente al auto de apertura e imputación. Argumenta la inexistencia de los elementos de la responsabilidad fiscal. Folio 203.
- Mediante escrito, visible a folios 216, la Dra. Beatriz Elena Estrada Tobón, apoderada de MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ, presentó argumentos de defensa frente al auto de apertura e imputación. Argumenta la ausencia de irregularidad en la conducta y actuación en cumplimiento de sus funciones conforme a la Regla de

² Ley 1474 de 2011. ARTÍCULO 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

³ Artículo 42. Garantía de defensa del implicado. Artículo 43. Nombramiento de apoderado de oficio.

negocio 2017-RN-38 del 31 de julio de 2017 y Circular 1295 de 2004 (Pago inmediato y pronto pago). Folio 218.

- El 23 de febrero de 2024, se celebró la AUDIENCIA DE DECISIÓN, en la cual asistieron los presuntos responsables: JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO, MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ, Alejandro Gómez-apoderado de la compañía de seguros. Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva: JUAN DAVID ÁLVAREZ JARAMILLO, y la Abogada comisionada Beatriz Elena Colorado Arcila. Folio 224.
- El 8 de marzo de 2024, el Dr. Juan Camilo Arango Ríos interpuso los recursos de reposición y apelación contra el “fallo condenatorio” contenido en la AUDIENCIA DE DECISIÓN del 23 de febrero de 2024. Folio 245.
- El 8 de marzo de 2024, el Sr. JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO interpuso los recursos de reposición y apelación contra el “fallo condenatorio” contenido en la AUDIENCIA DE DECISIÓN del 23 de febrero de 2024. Folio 250.
- Descargos presentados por la Dra. Beatriz Estrada Tobón. Folio 1251.
- Por medio del Auto 125 del 12 de marzo de 2024, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, **se abstuvo de resolver el recurso de reposición y concedió recurso de apelación**. Igualmente ordenó remitir el expediente al Despacho del Contralor para que se surtiera el **grado de consulta**. Folio 262.
- El 14 de marzo de 2024, mediante Memorando 1200-20248002498, se remitió el expediente al Despacho del Contralor para lo de su competencia. Folio 268.

3. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES INCORPORADOS AL PROCESO RAD. 029-2019

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

- Formato de traslado de hallazgos fiscales. Incluye CD. Folio 4-7.
- Acta de Mesa de Trabajo n° 10 del 20 de septiembre de 2018 cuyo tema fue el análisis de las observaciones de la auditoría regular vigencia 2017. Folio 8.



- Acta de Mesa de Trabajo N° 12 del 9 de noviembre de 2017. Análisis de la respuesta de EPM. CD folio 7. Nota: Según formato de traslado de hallazgos fiscales, el daño fiscal provino de la exoneración del descuento, debiéndose hacer, con lo cual se causó una lesión al patrimonio de las EPM.
- Circular 1295 de 2004. CDD folio 7.
- Pliego de condiciones. CD folio 210.
- REGLA DE NEGOCIO 2017-RN-38. Julio 31 de 2017. CD folio 7.
- Memorando 20180150002774 suscrito por Jorge Ignacio Castaño Giraldo. Para: Maritza Amparo Orrego Martínez. Asunto: **Pago inmediato** Factura 49885. Folio 136. (Ver normativa aplicable EPM)
- Manual funciones imputados. CD folio 7.
- Oficio con Radicado Mercurio 202000000422, remitido por EPM sobre información de Jorge Ignacio Castaño Giraldo y Maritza A. Orrego M. Folio 59.
- Audiencia de descargos. Teoría del pago inmediato y no pronto pago. Regla negocio 38. Folio 119.
- Acta de liquidación bilateral Contrato ct-2017 001538. CD. Folio 157 A.

4. LA DECISIÓN OBJETO DE GRADO DE CONSULTA Y RECURSO DE APELACIÓN: ACTA 001 DEL 23 DE FEBRERO DE 2024.

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en Audiencia del 23 de febrero de 2024 (Acta 001) profirió una decisión mixta: (1) Falló con responsabilidad fiscal en contra de JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO y (2) Falló sin responsabilidad fiscal a favor de MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ. Folio 237.

Las tesis y argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, el Despacho los resume así: Folio 223 s.s.

- Los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollen sus actividades en competencia ser rigen por el derecho privado.

- Las circulares son directrices y guías o herramientas de buenas prácticas, que se tornan de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, cuando contienen un mandato en ellas.
- Existe el deber de coordinación entre las autoridades conforme al artículo 209 de la Carta y el 41 de la Ley 489 de 1998.
- Según el Consejo de Estado, en Sentencia del 17 de mayo de 2012 (Rad. 2556), las circulares son cartas de instrucción, que tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto por parte del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias o impartir instrucciones sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas. Folio 230.
- La Circular 1295/04 constituyó una norma interna obligatoria ya expresa que debía incluirse en los pliegos y en el contrato. Con relación a los pliegos de condiciones debe observarse que estos son la carta de navegación del futuro contrato, los cuales deben consultar los fines de la entidad. Por tanto desconocer o desatender la figura del PRONTO PAGO, a sabiendas, generó la causación de un daño patrimonial. Folio 231.
- El daño patrimonial se originó en la conducta omisiva consistente en NO haber aplicado la figura del PRONTO PAGO, incluso si se hubiera optado por aplicar la Regla de negocio 38 sobre el PAGO INMEDIATO. Folio 232.
- Hubo omisión en la aplicación de la Circular 1295/047 y la Regla de negocio 38/17, así como la verificación de su cumplimiento con relación a la aplicación de la figura del pronto pago, y dado su carácter de reglamento era obligatorio según la Sentencia C-447/96. En esta se afirma que *“El reglamento, ha sido definido como el conjunto de normas generadoras de situaciones jurídicas generales, dictadas por la Administración, o por los distintos organismos del Estado o del Poder Público, que no ostentan la potestad legislativa”*. Folio 232.
- Si se aceptara la tesis del pago inmediato y no la del pronto pago, presentada en los descargos, tampoco se hizo esa salvedad en el pliego de condiciones o el contrato. En el caso concreto no se trata de establecer cuál figura se aplicó, sino CUÁL DEBIÓ APLICAR, conforme al reglamento aplicable. Folio 233.
- Es evidente que el **daño patrimonial** se originó en no haber aplicado la figura del pronto pago según lo dispuesto en las Circular 1295/04, y por tanto no son de recibo los argumentos expuestos en los descargos sobre la inexistencia de daño patrimonial.

- Según el Manual de Funciones aplicable al Sr. Jorge Ignacio Castaño Giraldo resulta probado que fungió como ORDENADOR DE GASTO, y gestor fiscal; y a él le imputable el resultado dañoso (**nexo causal**) por causa de una conducta **negligente** en el deber de verificar y aplicar los lineamientos y políticas en los procesos bajo su responsabilidad. Al analizar la conducta fiscal se concluye sin ninguna duda que se configuran los tres elementos de la responsabilidad fiscal. Folio 235.
- Con relación a la conducta de Maritza A. Orrego M. en calidad de Directora de Transacciones Financieras, debe observarse y aceptarse que el proceso contractual estaba a cargo de la Dirección Ambiental, en la cual estaba radicada la ordenación del gasto, con lo cual se evidencia una ruptura del nexo causal y por ende una ausencia de dolo o culpa grave de un conducta. Folio 236.

5. 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 conveniente sin limitación alguna⁴. 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 patrimonio público de acuerdo con la discrecionalidad que le permite este mecanismo de revisión oficioso⁵.

⁴ Sentencia T-005-2013.

⁵ CGR Concepto 0120 de 2022. Proceso de responsabilidad fiscal/grado de consulta/ recursos.

Respecto de **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 CGP⁶.

De otra parte 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 controversia, 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 activó⁷. SNFT.

5.2 LA DENEGACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El 23 de febrero de 2024, (Acta 001) en la AUDIENCIA DE DECISIÓN, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decidió:

- **ABSTENERSE** de resolver por improcedente el recurso de **REPOSICIÓN** interpuesto por el señor JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO y por el doctor JUAN CAMILO ARANGO RÍOS, apoderado de la Aseguradora.
- **CONCEDER** el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto y como consecuencia **REMITIR** al Despacho del señor Contralor Distrital de Medellín para lo de su competencia, de conformidad con el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

⁶ 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.

⁷ Contraloría General de la República Concepto 138 de 2017. Asunto: Proceso de responsabilidad fiscal. Grado de Consulta / Procedencia oficiosa.

- **REMITIR** el expediente al Despacho del Contralor Distrital de Medellín para que surta el respectivo **GRADO DE CONSULTA** en relación con la decisión de fallar sin responsabilidad fiscal para la señora MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

Este Despacho comparte en su integridad la decisión tomada por la Primera Instancia por las siguientes razones:

- La Ley 1474 de 2011 reguló el proceso de responsabilidad fiscal con dos instancias⁸ dependiendo de las cuantías de contratación de que tratan las Leyes 80/93 y 1150/07. Dado que las entidades de régimen especial de contratación no tienen cuantías. La doctrina se ha orientado por conceder la doble instancia como garantía del derecho de defensa y contradicción.
- La Ley 1474 de 2011 expresa:

“ARTÍCULO 102. Recursos. Contra los actos que se profieran en el proceso **verbal** de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos: (...) Contra **el fallo con responsabilidad fiscal** proferido en audiencia proceden los recursos de **reposición o apelación dependiendo de la cuantía** determinada en el auto de apertura e imputación". SNFT.

Lo anterior significa que los fallos con responsabilidad fiscal en el procedimiento VERBAL⁹ sólo son susceptibles de un solo recurso: si es de única instancia procede reposición; si es de doble sólo procede apelación.

La razón de lo anterior, es que la finalidad de la Ley 1474/11 fue la de tomar “*medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción*” (Capítulo VIII) y por ello se hicieron modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal y se introdujo el procedimiento verbal. Por ello se estableció igualmente la figura del auto de apertura e imputación con el fin de lograr eficacia y celeridad en los procedimientos.

De las normas en cita se colige que el recurso de reposición procede contra los autos que se profieren el procedimiento verbal de única instancia; en tanto que el recurso de apelación es procedente en los procesos que tienen doble instancia. Así las cosas compartimos la decisión del a quo de no admitir y resolver el recurso de reposición.

⁸ ARTÍCULO 110. Instancias.

⁹ En el procedimiento ordinario los recursos se rigen por el artículo 55 de la Ley 610/00: “La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes”.

5.3 LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN ESTE PROCESO RAD. 029-2019

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

- 1) ¿Es procedente legalmente, confirmar o no, el **FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** (Acta 001 de 2024) a favor de **MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ** por haber desvirtuado las imputaciones formuladas o no existir prueba que conduzca a la certeza de uno o más elementos de la responsabilidad fiscal, conforme al artículo 547 de la Ley 610/00?
- 2) ¿Es procedente legalmente confirmar o no el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL** (Acta 001 de 2024) en contra de **JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO**, y **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** en calidad de garante?
- 3) ¿Era aplicable la figura del **PRONTO PAGO** a la Factura BOG-49885 a pesar de haberse ordenado un **PAGO INMEDIATO** conforme a la Circular 1295/047 y la Regla de Negocio 38/17? ¿Dichas figuras son excluyentes?

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 del descuento por pronto pago y pago inmediato en las EPM c). El caso concreto: El grado de consulta y el recurso de apelación.

A. 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 particulares¹⁰, 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, por la **gestión fiscal irregular**. (C-083 de 2015).

De otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, se profiere **fallar 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.

¹⁰ 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, (...).”

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.

Sobre el tema de la responsabilidad fiscal la Corte Constitucional en Sentencia C-438 de 2022¹¹ expresó:

207. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución, y las normas que los desarrollan como el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y los límites previstos en el artículo 4 de esa misma Ley, la gestión fiscal es la que juega un papel preponderante para efectos de establecer o deducir responsabilidad fiscal (...) **sin gestión fiscal resultante de una habilitación legal, administrativa o contractual**, no puede deducirse responsabilidad fiscal. SNFT.

Según lo anterior, la causalidad jurídica se deriva del deber de evitar el hecho dañoso en virtud del deber funcional derivado de la Ley, el contrato o el acto administrativo. Entonces desde el punto de vista de la conducta del agente se requiere la existencia del nexo causal físico y jurídico. Desde el punto de vista de la víctima, entre las cuales se encuentra el Estado, se requiere que el daño no esté obligado a soportarlo en el caso concreto (anjuridicidad).

Sobre la certeza de la existencia del daño patrimonial, el Consejo de Estado¹² en Sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01, consideró lo siguiente:

"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.

B. MARCO NORMATIVO DEL PRONTO PAGO Y PAGO INMEDIATO EN EPM

La Ley 1150 de 2007 prescribe en el artículo 13:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un **régimen contractual excepcional** al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **aplicarán** en desarrollo de su actividad contractual, **acorde con su régimen legal especial**, los **principios** de la función administrativa y de la **gestión fiscal** de que tratan

¹¹ Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022

¹² 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.

los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sujetas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. SNFT.

La Circular 1295/04 (Diciembre 27) de EPM prescribe:

CIRCULAR 1295
27 DIC 2004

CARTA ORGANIZACIONAL

Asunto: Tasas de interés y normas cambiarias vigentes a tener en cuenta en los procesos de contratación en las Empresas Públicas de Medellín.

Con el fin de estandarizar las estipulaciones de los procesos de contratación de la empresa en materia de tasas de interés y aplicación del régimen cambiario para el pago a los contratistas, se fijan las siguientes reglas:

1. Tasas de interés: En los procesos de contratación se fijarán las tasas de interés en los diversos conceptos así:

Tasas de interés que las Empresas Públicas de Medellín cobrarán:

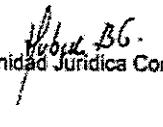
Descripción	Moneda Nacional	Moneda Extranjera
Intereses de Anticipos	DTF + 3 Puntos	Libor +2 puntos
Descuentos por pronto pago. (1)	DTF + 4 puntos	Libor + 2 puntos
Cobros por valores no reconocidos oportunamente por el contratista.(2)	DTF + 5 puntos	Libor + 2 puntos

(1) En el descuento por pronto pago, debe estipularse en los pliegos de contratación que las Empresas Públicas de Medellín se reservan el derecho a aceptar el ofrecimiento del descuento por pronto pago, dependiendo de la liquidez que se tenga en la entidad en el momento de la solicitud por parte del proveedor o contratista.

La presente circular rige a partir de la fecha de su expedición, y sustituye cualquier otra instrucción interna ó circular que le sea contraria.


JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ
Gerente General

Proyectó: Unidad Tesorería


Revisó: Unidad Jurídica Corporativa

Aprobó: Dirección Financiera

Del contenido de la Circular se deduce:

- Su finalidad es la de estandarizar las reglas o estipulaciones en los contratos que celebre EPM;
- Establece reglas de obligatorio cumplimiento;
- Reglamenta o fija las tasas de interés para los **descuentos por pronto pago**;
- Los **descuentos por pronto pago**; DEBEN ESTIPULARSE, o incluirse en los pliegos de condiciones, previas solicitar del contratista.
- No hay excepciones.

Por su parte la REGLA DE NEGOCIO 2017-RN-38 estipula: CD folio 7.

3. CONDICIÓN GENERAL DE PAGO. *El pago de las obligaciones contraídas será a 30 días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la factura o documento equivalente. Si la fecha de pago corresponde a un día no hábil, éste se hará el día hábil siguiente. La orden de pago debe estar registrada en el sistema de información que lo soporta. SNFT.*

3.1 EXCEPCIONES PARA PAGOS A 30 DÍAS

Pago inmediato cuando el beneficiario sea un patrimonio autónomo o encargo fiduciario, cuyo fideicomitente o titular sea directamente Empresas Públicas de Medellín E.S.P. SNFT¹³.

“11. DESCUENTOS POR PRONTO PAGO.

La Tesorería podrá otorgar pronto pago al proveedor o contratista que lo solicite.

La solicitud de pronto pago se hace a través de una nota en la factura que indique claramente el deseo que tiene el proveedor de que esta se efectúe. En caso de no haber incluido la nota antes mencionada en la factura, el proveedor podrá enviar una carta firmada por el representante legal o su delegado, manifestando su interés en acogerse al **pronto pago**, esta debe incluir: número de factura, número de radicado y fecha de radicación”. SNFT.

Del contenido de la Regla de Negocio N° 38 se concluye:

- La regla general es el pago de las obligaciones a los 30 días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la factura;

¹³ Ver audiencia descargos CD folio 119.

- La figura del PAGO INMEDIATO aplica cuando el beneficiario sea un patrimonio autónomo o encargo fiduciario. En el caso concreto no se acreditó tal calidad.
- La figura del PAGO INMEDIATO no excluye el descuento por pronto pago;
- Si las EPM hace un pago antes de los 30 días, debe aplicar las tasas de interés bajo la figura del pronto pago. La omisión de este deber es constitutiva de daño patrimonial conforme al artículo 267 de la Constitución, Ley 610/001 y Decreto Ley 403/20.

Conforme a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 artículo 13 los gestores fiscales de EPM, debían aplicar, aparte de su régimen especial, el manual de contratación, la Circular 1295/04 y la Regla de Negocio 38 los principios de la gestión fiscal entre los cuales se encuentran los de economía y eficiencia.

El Decreto Ley 403 de 2020 expresa que son objeto de vigilancia y control *"las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos"*. SNFT.

ARTÍCULO 3. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

a. Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores. SNFT

d. Economía: En virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados. SNFT.

Según lo expuesto la omisión de la inclusión del pronto pago en los pliegos y el contrato, es una conducta contraria a los principios de la gestión fiscal, y puede dar lugar a la causación de un detrimento patrimonial.

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

El Despacho partirá de las siguientes premisas o tesis para resolver los problemas jurídicos:

- Si los argumentos expuestos en el **recurso de apelación**, o los motivos de inconformidad contra la DECISIÓN del 23 de febrero de 2024, no se encuentran aceptables, pertinentes, aptos o idóneos para revocar dicha decisión, se confirmará dicha providencia.
- Si al valorar el material probatorio se concluye que no se aplicó la figura del PRONTO PAGO sin justificación alguna, deberá confirmarse la decisión apelada.
- Si al valorar y analizar el recurso de apelación se establecer que no fueron desvirtuados los argumentos de la Primera Instancia deberá confirmarse la providencia apelada.
- En la medida en que (1) se desvirtúen las imputaciones formuladas o (2) no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos conforme al artículo 54 de la Ley 610 de 2000 (Fallo sin responsabilidad fiscal), es obligatorio reconocer esa circunstancia a favor de la imputada y confirmar la decisión de primera instancia.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL GRADO DE CONSULTA RESPECTO DEL FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL.

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, DECISIÓN del 23 de febrero de 2024, decidió **FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL**, en favor de la señora MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ.

LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA¹⁴ DE MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ

En la audiencia de descargos presentado por la Dra. Beatriz Estrada Tobón se sostuvieron las siguientes tesis. Folio 1251.

- Inexistencia de los elementos de la responsabilidad fiscal;
- Diferencia entre pronto pago y pago inmediato. Folio 128.
- No solicitud de pronto pago. Folio 136.
- Uso de la figura del PAGO INMEDIATO en el caso concreto. Folio 122.
- Solicitud de pago por el área técnica a favor de REFOCOSTA; Folio 139.
- Ahorros. Folio 128, 139.
- Pago de la Factura BOG-49885; Folio 122.

¹⁴ Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer.

- Conducta de MARITZA A. ORREGO M. en su calidad de Directora de Transacciones Financieras. Nexo causal. Folio 121, 130, 133, 135, 136.

Para resolver se considera.

El artículo 54 de la Ley 610 de 2000 dispone: “*Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.*” SNFT.

La Dirección de Transacciones Financieras, de la cual era titular la imputada, no tenía responsabilidad directa, competencia o habilitación legal respecto a las operaciones de pronto pago. Esa operación era responsabilidad del Departamento de Servicios Financieros adscrito a la Gerencia de Servicios, Vicepresidencia de Suministros y Servicios Compartidos. Folio 130, 133.

En el pliego de condiciones se estipuló: CD folio 210.

4.3. Forma de Pago de las actividades ejecutadas. Durante la ejecución del contrato EPM pagará a cada CONTRATISTA los valores facturados por éste y aprobados por la misma, en moneda nacional colombiana, dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de radicación de la factura en EPM, elaborada con el cumplimiento de todos los requisitos legales, tanto de forma como de contenido previa medición y aprobación de las actividades ejecutadas. SNFT.

En la factura serán realizadas e indicadas las deducciones que por los conceptos de ley y otros deban efectuarse.

En caso de mora en los plazos estipulados para el pago de las obligaciones contraídas, no imputable al CONTRATISTA, EPM reconocerá una tasa de interés anual equivalente al DTF Bancario + cinco (5) puntos para la moneda nacional, vigente al vencimiento de la obligación, de conformidad con la Circular 1295 de diciembre 27 de 2004 de EPM. Para efecto del pago de los valores mencionados, si EL CONTRATISTA es una entidad sin ánimo de lucro deberá presentar y radicar ante EPM copia de la respectiva resolución expedida por la entidad que la vigila, para la exención de la retención en la fuente. SNFT.

Según la evidencia que obra en el expediente, no era el Departamento de Transacciones Financieras, al que se encontraba adscrita la imputada, quien se ocupaba de autorizar o tramitar las facturas con PRONTO PAGO, sino el Departamento de Servicios Financieros. Por tanto cualquier hecho irregular, daño fiscal, menoscabo, o detrimento no podía imputarse a la Sra. Maritza Amparo Orrego Martínez, como ocurrió en el caso concreto. La función del Departamento de Transacciones Financieras es procurar que o asegurar la existencia de recursos que se requieran para el pago de las obligaciones.

En el Memorando 20180150002774 suscrito por Jorge Ignacio Castaño Giraldo dirigido a Maritza Amparo Orrego Martínez, cuyo asunto era el “Pago inmediato Factura 49885” se le solicitó hacer el pago. Folio 136. (Ver normativa aplicable EPM)

Según se ha expuesto, ni los pliegos ni el contrato estipularon el pronto pago; tampoco medió solicitud del contratista, deficiencias que no podían imputarse a la Sra. Maritza Amparo Orrego Martínez.

Sobre este tema la Corte Constitucional en Sentencia C-438 de 2022¹⁵ expresó:

161. Entonces, los **particulares también son gestores fiscales siempre y cuando tengan habilitación legal, administrativa o contractual**, con capacidad decisoria frente a los fondos, recursos o bienes del patrimonio público puestos bajo su administración, manejo o destinación y bajo el entendido de que al asumir tales responsabilidades participan o contribuyen -directa o indirectamente- en la realización de los fines del Estado y, (...). SNFT. (...)

183. En la **Sentencia SU-431 de 2015**, la Corte Constitucional analizó los elementos de la responsabilidad fiscal y los sujetos de control fiscal. En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente: “Son tres los elementos de la responsabilidad, a saber: el daño, las conductas relacionadas con la gestión fiscal y el nexo causal. Ahora bien, en cuanto a la relación de causalidad o nexo causal debe decirse que a la par que exige una **causalidad física** de la conducta antijurídica frente al daño imputado, requiere de una **causalidad jurídica**, derivada de la exigibilidad personal, funcional o contractual producto de las normas generales y específicas.

Examinado y analizado el caso concreto, considera el Despacho que no está acreditado el elemento nexo causal en el presente proceso, requisito de la esencia en el proceso de responsabilidad fiscal, conforme a los artículo 5, 23, y 54 de la Ley 610/00.

Por tanto y dado que se desvirtuaron las imputaciones formuladas y además no existe prueba que conduzca a la certeza del nexo causal, por no estar acreditada una **causalidad física** de la conducta antijurídica frente al daño imputado, así como de una **causalidad jurídica**, derivada de la exigibilidad personal, o funcional, se impone reconocer esa circunstancia a favor de la imputada y confirmar la decisión de primera instancia, en el sentido de haber proferido **FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL**.

¹⁵ Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD EXPUESTOS EN LA APELACIÓN.

JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO

Mediante escrito del 8 de marzo de 2024, el Sr. JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO, presentó los recursos de reposición y apelación frente al fallo con responsabilidad fiscal. Acta 001 de 2024. Folio 223.

Las tesis planteadas fueron las siguientes, y sobre las cuales hacemos los respectivos pronunciamientos:

- 1) Confusión entre dos formas de pago: pronto pago y pago inmediato (Factura 49885). La figura usada no fue el pronto pago sino el pago inmediato menor a 30 días. Se pagó bajo la figura de la Regla de Negocio 2017-RN-38 y no hay lugar a descuento alguno. Folio 250.**

Pronunciamiento

Ni el Equipo de Auditoría, en el formato de traslado de hallazgos, ni la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, tuvo confusión respecto las figuras del pronto pago y el pago inmediato.

Para el Despacho y conforme a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 artículo 13, los gestores fiscales de EPM, debían aplicar aparte de su régimen especial, es decir el manual de contratación, la Circular 1295/04 y la Regla de Negocio 38 los principios de la gestión fiscal entre los cuales se encuentran los de economía y eficiencia, antes referenciados.

Según lo expuesto, la **omisión** de la inclusión del pronto pago en los pliegos y el contrato, es una conducta contraria a los principios de la gestión fiscal, y puede dar lugar a la causación de un detrimento patrimonial. Por tal razón no se maximizaron ni optimizaron los resultados ni gestionaron los recursos con austeridad y eficiencia.

Según la normativa aplicable a los procesos contractuales en EPM, es un deber incluir en los pliegos las reglas sobre el pronto pago. Sobre el pago inmediato pensamos que el mismo no excluye el descuento respectivo. Si las EPM hacen un pago antes de los 30 días, debe aplicar las tasas de interés bajo la figura del pronto pago. La omisión de este deber es constitutiva de daño patrimonial conforme al artículo 267 de la Constitución, Ley 610/001 y Decreto Ley 403/20.

Debe observarse que el PAGO INMEDIATO opera cuando el beneficiario sea un patrimonio autónomo o encargo fiduciario, cuyo fideicomitente o titular sea directamente Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Pero esta situación no está acreditada en el expediente para que se genere la excepción.

2) Tramite del proceso como verbal, debiendo ser ordinario

Pronunciamiento

El artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, señala que el proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación.

A su vez, el artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, señala que es procedente proferir auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal cuando: a) Se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado, ocasionado en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal, y b) Exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal.

Verificada la evidencia que reposa en el expediente se encuentra que están dados todos los requisitos para tramitar y dar apertura al proceso por el procedimiento verbal, sin que tal circunstancia de lugar a ninguna nulidad sustancial que afecte el debido proceso o los derechos de los investigados. (Ley 610/00 art. 36)

Por lo anterior el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

3) Existencia de yerros en el fallo con responsabilidad fiscal. Inexistencia del daño patrimonial. No reconocimiento del pago inmediato. Folio 254.

Pronunciamiento

Revisado el expediente en su integridad con ocasión del grado de consulta¹⁶, el cual tiene por finalidad la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales de los investigados, se encontró que la actuación que se revisa, correspondió a los presupuestos fácticos y jurídicos prescritos pertinentes. Por tal razón no encuentra el Despacho motivos ciertos o fundados para modificar, revocar y sustituir el fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Primera Instancia. Al verificar el material probatorio se encontró que están acreditados todos los elementos de la responsabilidad fiscal, conforme a lo dispuesto en los artículos 5, 23 y 53 de la Ley 610 de 2000, así como el marco jurídico aplicable al hecho investigado, por lo que no se observan yerros de tal magnitud que obliguen a revocar la decisión apelada.

¹⁶ Ley 610/00 artículo 18

Por lo anterior el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

4) Inexistencia de culpa grave. Folio 254.

Pronunciamiento

Sobre este tema la Ley 1474 de 2011 preceptúa:

ARTÍCULO 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave. (...)

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

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante; SNFT.

La culpa es un juicio cuya valoración debe versa sobre la diligencia y prudencia en el actuar. La **diligencia** consiste en prever lo que era previsible y adoptar las acciones o conductas necesarias para evitar el daño fiscal. La **prudencia** consiste en actuar con cautela cuando el daño se ha previsto. El juicio de reproche, como en el caso concreto, se determina a partir de la negligencia o la imprudencia en la conducta, o sea la existencia de culpa en el mundo fáctico.

Según lo expuesto es evidente que la omisión en la inclusión del pronto pago en los pliegos, implica dar por probada la culpa grave del gestor fiscal, pues el gestor fiscal omitió incluir en los pliegos unas reglas que eran exigibles, es decir, aprobó unos pliegos de manera incompleta, y por tanto **operó la presunción legal de la culpa grave**, lo cual le imponía el deber de desvirtuarla, situación que no está evidenciada en el expediente.

Para el Despacho resulta evidente que hubo una negligencia inexcusable al no incluir en los pliegos la regla del pronto pago a pesar de que la Circular 1295/04 lo estipuló de manera obligatoria ya expresa así:

(1) En el descuento por pronto pago, debe estipularse en los pliegos de contratación que las Empresas Públicas de Medellín se reservan el derecho a aceptar el ofrecimiento del descuento por pronto pago, dependiendo de la liquidez que se tenga en la entidad en el momento de la solicitud por parte del proveedor o contratista.

Es de observar que para el caso en que las EPM incurriera en mora en los plazos estipulados para el pago de las obligaciones contraídas, no imputable al CONTRATISTA, **EPM reconocerá una tasa de interés** anual equivalente al DTF Bancario + cinco (5) puntos para la moneda nacional, vigente al vencimiento de la obligación, de conformidad con la **Circular 1295 de diciembre 27 de 2004** de EPM.

No obstante, no se estipuló ninguna regla para el PRONTO PAGO, lo cual demuestra la negligencia del investigado y la culpa grave, la cual se presume al tenor del artículo 118 antes citado. En otras palabras **sólo incluyeron en los pliegos lo desfavorable a la entidad estatal**.

Por lo anterior resulta evidente que este elemento de la responsabilidad fiscal sí aparece probado en el proceso y el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

5) Inexistencia de nexo causal. Folio 254.

Pronunciamiento

El Memorando 20180150002774 suscrito por Jorge Ignacio Castaño Giraldo dirigido a la Dra. Maritza Amparo Orrego Martínez, indica: Folio 136.

PARA:	DIRECCION TRANSACCIONES FINANCIERAS ORREGO MARTINEZ MARITZA AMPARO; JOSE JOAQUIN GONZALEZ MONTOYA
COPIA:	JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO JUAN FERNANDO MORALES VILLA ALEJANDRO ARIAS GARCIA
DE:	DIRECCION AMBIENTAL SOCIAL Y SOSTENIBILIDAD PROYECTO ITUANGO
ASUNTO	SOLICITUD PAGO INMEDIATO
<p>Buenos días.</p> <p>Comedidamente solicitamos hacer el pago inmediato a REFORESTADORA DE LA COSTA S.A., quienes ejecutan el contrato CT-2017-001538, cuyo objeto es la Remoción de la cobertura vegetal y otras actividades conexas en el embalse del proyecto hidroeléctrico Ituango, previas a su llenado.</p> <p>Se relacionan los datos del pago a realizar:</p> <p><i>Factura No. 49885.</i></p> <p><i>Radicado Factura No. 20180120165604.</i></p> <p><i>OS 239 89 20.</i></p> <p><i>Valor: \$10.371.481.167,30</i></p> <p>Nuestra solicitud se fundamenta a que éste contratista viene desarrollando desde hace 3 meses una actividad fundamental para atender la contingencia del proyecto, en el sentido de retirar la biomasa que transporta el río Cauca y que se encuentra acumulada en algunas zonas del embalse del proyecto. Por lo anterior, este contratista se vio en la necesidad de contratar una serie de proveedores, suministros y maquinaria que requiere pagar con urgencia.</p> <p>Solicitamos evaluar la pertinencia de deducir los intereses que se estimen convenientes por este tipo de pago.</p>	

Según el tenor literal del documento la orden fue impartida por el Sr. Castaño Giraldo; y estaba dirigido a otra área de la entidad para que se realizara la operación administrativa o física. En otras palabras, el Sr. Giraldo, en ejercicio de la gestión fiscal, tenía la habilitación legal, administrativa para emitir la orden de pago de la Factura 49885, bajo

la figura del pago inmediato; pero no hizo ninguna alusión a los descuentos por pronto pago, los cuales no podía hacer el Área de Departamento de Transacciones Financieras, de manera oficiosa sin cumplir los requisitos de la Circular 1295/17.

Con el fin de estandarizar las estipulaciones de los procesos de contratación de la empresa en materia de tasas de interés y aplicación del régimen cambiario para el pago a los contratistas, se fijan las siguientes reglas:

- (1) En el descuento por pronto pago, debe estipularse en los pliegos de contratación que las Empresas Públicas de Medellín se reservan el derecho a aceptar el ofrecimiento del descuento por pronto pago, dependiendo de la liquidez que se tenga en la entidad en el momento de la solicitud por parte del proveedor o contratista.

Para el Despacho es claro que el ordenador del gasto fue la causa eficiente y directa del daño fiscal, pues tenía el deber de evitar el resultado dañoso, conforme a sus funciones. Frente al nexo causal es claro que la conducta del Sr. Castaño G. fue la causa real del daño patrimonial; y era quien tenía a cargo la gestión contractual en la Dirección Ambiental; dio la orden de pago, sin advertir que procedía el descuento por pronto pago según la normativa aplicable en EPM.

Según el Manual de Funciones le correspondía al Director Ambiental Social y Sostenibilidad Proyecto Ituango:

"Dirigir y controlar la planeación de las necesidades de contratación de la dependencia, así como la intervención técnica y administrativa de los contratos requeridos para el desarrollo de su gestión. (...) Dirigir y controlar la formulación de las políticas, lineamientos, procedimientos y reglas de negocios de los procesos bajo su responsabilidad y verificar su cumplimiento". SNFT.

Según la Ley 610/00 artículo 6, se entiende por daño la lesión, menoscabo o detrimento producida por una gestión antieconómica o ineficiente que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Ahora bien, el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. (Art. 1).

Por lo anterior resulta evidente que este elemento de la responsabilidad fiscal sí aparece probado en el proceso y el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

6) Desconocimiento de las pruebas.

Pronunciamiento

El Despacho no comparte ninguna de las tesis expuestas o invocadas por el apelante por las siguientes razones:

El presente proceso la responsabilidad fiscal se originó en las irregularidades en el trámite del pago de una factura sin realizar el respectivo descuento, debiéndose hacer, por causa de las omisiones en relacionadas con el deber de incluir en los pliegos de condiciones y en el contrato la figura del pronto pago.

Del contenido de la Circular 1295 de 2017 se deduce que ella tenía como finalidad estandarizar las reglas o estipulaciones en los contratos que celebre EPM; reglamentar o fijar las tasas de interés para los **descuentos por pronto pago**; contenía un **mandato** consistente en que los descuentos por pronto pago DEBÍA ESTIPULARSE o incluirse en los pliegos de condiciones, previas solicitud del contratista.

Por su parte la REGLA DE NEGOCIO 2017-RN-38 estipula que el pago de las obligaciones contraídas será a 30 días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la factura o documento equivalente.

No obstante, habían unas excepciones para pagos a 30 días así:

Pago inmediato cuando el beneficiario sea un patrimonio autónomo o encargo fiduciario, cuyo fideicomitente o titular sea directamente Empresas Públicas de Medellín E.S.P. SNFT¹⁷.

“11. DESCUENTOS POR PRONTO PAGO.

La Tesorería podrá otorgar pronto pago al proveedor o contratista que lo solicite.

La solicitud de pronto pago se hace a través de una nota en la factura que indique claramente el deseo que tiene el proveedor de que esta se efectúe. En caso de no haber incluido la nota antes mencionada en la factura, el proveedor podrá enviar una carta firmada por el representante legal o su delegado, manifestando su interés en acogerse al **pronto pago**, esta debe incluir: número de factura, número de radicado y fecha de radicación”. SNFT.

Del contenido de la Regla de Negocio N° 38 se concluye:

- La regla general es el pago de las obligaciones a los 30 días calendario contados a partir de la fecha de radicación de la factura;

¹⁷ Ver audiencia descargos CD folio 119.

- La figura del PAGO INMEDIATO aplica cuando el beneficiario sea un patrimonio autónomo o encargo fiduciario. En el caso concreto no se acreditó tal calidad.
- La figura del PAGO INMEDIATO no excluye el descuento por pronto pago;
- Si las EPM hace un pago antes de los 30 días, debe aplicar las tasas de interés bajo la figura del pronto pago. La omisión de este deber es constitutiva de daño patrimonial conforme al artículo 267 de la Constitución, Ley 610/001 y Decreto Ley 403/20.

Conforme a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 artículo 13 los gestores fiscales de EPM, debían aplicar aparte de su régimen especial, es decir la Circular 1295/04 y la Regla de Negocio 38 los principios de la gestión fiscal entre los cuales se encuentran los de economía y eficiencia, como se anotó anteriormente.

Según lo expuesto la omisión de la inclusión del pronto pago en los pliegos y el contrato, es una conducta contraria a los principios de la gestión fiscal, y puede dar lugar a la causación de un detrimento patrimonial.

Existe en el expediente prueba suficiente para responsabilizar fiscalmente al imputado, las cuales fueron producidas, decretadas e incorporadas al proceso oportuna y legalmente. (Ley 610/00 art. 23).

Según la información del formato de traslado de hallazgos fiscales (Folio 4) y la Factura de Venta BOG-49885 (Folio 20) por valor de \$12.342.062.589 a favor de REFOCOSTA. Fechas de radicación julio 10 de 2018 y pagada el 30 de julio de 2018, 29 días antes de su vencimiento (folio 4). El valor del descuento por pronto pago ascendió a \$79.296.909 con base en una tasa del DFT+ 4 puntos. El monto del daño indexado fue de \$110.983.730 valor por el cual se falló con responsabilidad fiscal.

Por tanto no hubo ningún desconocimiento de las pruebas, y por el contrario se acreditaron a cabalidad los elementos de la responsabilidad fiscal.

Por lo anterior resulta evidente que este elemento de la responsabilidad fiscal sí aparece probado en el proceso y el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

COMPAÑÍA SEGUROS

Mediante escrito del 8 de marzo de 2024, la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, a través de apoderado, presentó los recursos de reposición y apelación frene al fallo con responsabilidad fiscal. Acta 001 de 2024. Folio 245.

Los motivos de inconformidad fueron los siguientes:

- **Inexistencia de daño real y cierto al patrimonio público; Interpretación errónea de la figura del pronto pago inaplicable al caso concreto; Variación del objeto de reproche fiscal que vicia el fallo fiscal de nulidad por vulneración al derecho fundamental al debido proceso.**

Pronunciamiento

En el proceso se demostró fuera de toda duda o en grado de certeza el daño al patrimonio de EPM.

Igualmente se hizo un análisis riguroso del marco jurídico de las figuras del pronto pago y del pago inmediato, para concluir que se demostró una conducta irregular, reprochable fiscalmente, por haber lesionado el patrimonio de EPM sin justificación, debido a omitir el deber de hacer el DESCUENTO POR PRONTO PAGO.

Durante el proceso se respetó el derecho de defensa y contradicción, se adelantó por funcionario competente para conocer y fallar; no evidenciaron irregularidades sustanciales que afectara el debido proceso.

Tampoco el apelante demostró la existencia de una causal de nulidad que pueda invalidar el acto objeto de apelación.

Por lo anterior el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

- **Ausencia de culpa grave en la conducta del Sr. Jorge Ignacio Castaño Giraldo; existencia conducta prudente y diligente por parte del imputado Sr. Castaño Giraldo;**

Ya se demostró anteriormente que está acreditada la presunción de culpa grave en la conducta del Sr. Jorge Ignacio Castaño Giraldo, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011:

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

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en **forma incompleta**, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante; SNFT.

Para el Despacho resulta evidente que hubo una negligencia inexcusable del imputado al no incluir en los pliegos la regla del pronto pago a pesar de que la Circular 1295/04 lo estipuló de manera obligatoria ya expresa así:

(1) En el descuento por pronto pago, debe estipularse en los pliegos de contratación que las Empresas Públicas de Medellín se reservan el derecho a aceptar el ofrecimiento del descuento por pronto pago, dependiendo de la liquidez que se tenga en la entidad en el momento de la solicitud por parte del proveedor o contratista.

Dado que el pliego fue elaborado de manera incompleta se configura la presunción de culpa grave.

Sobre este tema la Contraloría General de la República en Concepto 158 de 2023 expresó:

“Cuál es el fundamento normativo para la vinculación de las compañías aseguradoras en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de tercero civilmente responsable?”

En relación con el instituto jurídico del tercero civilmente responsable, es procedente señalar que este se contrae a aquel que se encuentra llamado a **responder civilmente por las consecuencias del hecho de otro**. Tal como lo prevé el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el vinculado en calidad de tercero civilmente responsable goza de todas las garantías consustanciales al derecho fundamental al debido proceso que le permitan ejercer con plenitud sus derechos en el proceso de responsabilidad fiscal.

Sobre la constitucionalidad del precitado artículo, la Corte Constitucional se pronunció declarando su exequibilidad según consta en las Sentencias C-648 de 2002 y C-735 de 2003. Al respecto, conviene traer a colación algunos apartes de la primera:

‘Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros **surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual** y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.” SNFT.

Por lo anterior el cargo o reparo no está llamado a prosperar.

En conclusión, el Despacho considera que lo decidido por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, se encuentra ajustado a derecho y en consecuencia se CONFIRMARÁ dicha decisión por las razones expuestas.

En consonancia con lo expuesto, la Subcontralora encargada con funciones de Contralor Distrital de Medellín,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en Audiencia del 23 de febrero de 2024 (Acta 001) en el Proceso Rad. N° 029-2019, por medio del cual **FALLÓ CON RESPONSABILIDAD FISCAL** en la cuantía de ciento diez millones novecientos ochenta y tres mil setecientos treinta pesos (**\$110.983.730**), en contra de JORGE IGNACIO CASTAÑO GIRALDO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, suma que deberán resarcir a las EPM en calidad de entidad afectada.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR la decisión de declarar como **TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** a la compañía Seguros Generales Suramericana S.A. en virtud de la Póliza N° 0475631-6, en razón al amparo contratado y en consecuencia imponer la obligación de indemnizar a la entidad afectada por el daño ocasionado.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR el **FALLO SIN RESPONSABILIDAD**, a favor de la Señora MARITZA AMPARO ORREGO MARTÍNEZ con fundamento en las razones expuestas.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar por estado la presente decisión conforme al artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme el presente auto, remítase el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE


ALEJANDRA MARÍA SOTO SANTA

Subcontralora encargada con funciones de Contralor Distrital de Medellín

Revisó y aprobó: Juan Sebastián Gómez Patiño-Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sigifredo Ch/- Profesional Universitario 2

