

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 020 DE 2020

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 012 DE 2015

Medellín, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Providencia consultada	Auto N° 309 del 11 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 012 de 2015.
Entidad afectada	Empresas Públicas de Medellín, identificada con NIT 890.904.966-1
Presuntos responsable	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Gustavo Adolfo Cadavid Céspedes, identificado con cédula de ciudadanía 70.075.672 ➤ Iván Dario Osorio Sierra, identificado con cédula de ciudadanía 70.107.857.
Garante	Royal & Sun Alliance Colombia S.A
Hechos investigados	El pago de imprevistos del AIU sin soporte dentro de los contratos C-2012-001190,CT 2011-001309R1,CT 2010-1087, CT 2013-000497 y CT 2011 000627.
Cuantía	Cuarenta y Tres Millones Cuatrocientos Siete Mil Seiscientos Sesenta y Tres Pesos (\$43.407.663)
Decisión	CONFIRMA LA DECISIÓN CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 268, numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto Legislativo 403 del 2020, el Acuerdo Municipal 087 y 088 de 2018, las Resoluciones 092 y 300 de 2020 expedidas por la Contraloría General de Medellín y demás normas concordantes, procede a conocer en **GRADO DE CONSULTA** respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto N° 309 del 11 de noviembre de 2020**, por medio del cual se ordenó el **archivo** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 012 de 2015**.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo fiscal resultante de la Auditoría Regular realizada a Empresas Públicas de Medellín E.S.P, vigencia 2013, el cual se estructuró, en resumen, de la siguiente forma:

Los hechos que soportan el hallazgo objeto de investigación, fue soportado por el equipo auditor, que a continuación se resumen:

Según el traslado de hallazgos, en los contratos CT-2011-1309R1 y CT 2010-1087 cuyos objetos son: *“Realización de trabajo de acueducto y alcantarillado requeridos por el cliente para la ejecución de obras generadas o no en el desarrollo de las labores de acometidas de acueducto y alcantarillado realizadas en este contrato o en otros, o por personal de las Empresas, en el sistema de distribución secundaria de acueducto en el sector Norte del Valle de Aburrá, atendido por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.”*

Los pagos realizados por imprevistos se efectuaron sin soporte alguno.

En la ejecución de los contratos número CT 2012-001190 y CT 2011-00627, cuyos objetos son: *“Construcción de las obras civiles para el tanque el Chocho y sus obras complementarias ubicada en el Municipio de Envigado” y “Construcción de obras civiles, eléctricas, mecánicas y montaje requerido para la puesta en funcionamiento de estaciones de medición de caudal en la red primaria y secundaria de acueducto de EPM ubicadas en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá”.*

En los precitados contratos, se pagaron imprevistos sin soporte alguno.

En la revisión del contrato número CT 2013-000497 cuyo objeto es: *“Construcción y adecuación de la infraestructura civil y mecánica, mantenimiento correctivo y preventivo en los procesos de captación, potabilización, tratamiento de aguas residuales, distribución primaria y medidores de acueducto atendidos por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.”.*

Los pagos efectuados por imprevistos se efectuaron sin soporte alguno.

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se determinó en el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal a las siguientes personas:

- Gustavo Adolfo Cadavid Céspedes, identificado con la cédula 70.075..672
- Iván Dario Osorio Sierra, identificado con la Cédula 70.107.857

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó Empresas Públicas de Medellín E.S.P, identificada con NIT 890.904.966-1; la cual es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, según Acuerdo municipal 069 del 10 de diciembre de 1997, expedido por el Honorable Concejo de Medellín.

2.2. LA DETERMINACIÓN DE PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA

Como presunto daño patrimonial ocasionado a la Empresas Públicas de Medellín se determinó la suma de Cuarenta y Tres Millones Cuatrocientos Siete Mil Seiscientos Sesenta y Tres Pesos (\$43.407.663).

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Como persona jurídica garante, se vinculó a: Royal & Sun Alliance Colombia S.A; con Nit 860-002-505-7 (*Folio 141, Cuaderno 1*).

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 191 del 17 de abril de 2015, por medio del cual se ordena iniciar la indagación preliminar en el trámite con radicado 012 de 2015 (Folio 15 al 16 Cuaderno 1).
- Auto 129 del 18 de marzo de 2016, por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal (Folios 48 al 50, Cuaderno 1).
- Por Auto 726 del 29 de noviembre de 2018, se incorpora prueba de los conceptos emitidos por la Universidad de Antioquia, Universidad EAFIT, Universidad Nacional y Universidad IEA sobre el tratamiento del porcentaje correspondiente a imprevistos del AIU (Folios 134 – 135, cuaderno 1).
- Por Auto 225 del 17 de marzo de 2020, en acatamiento a lo ordenado por Resolución 126 del 17 de marzo de 2020, proferida por la señora Contralora General de Medellín, se suspendió los términos procesales de todos los procesos de Responsabilidad Fiscal, adelantados por esa dependencia (Folio 178 del Cuaderno 1).
- Mediante Auto 276 del veinte (20) de octubre del dos mil veinte, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, cumpliendo lo ordenado por la Contralora General de Medellín en la Resolución 392 del catorce (14) de octubre del mismo año, levantó la suspensión de los términos que había sido decretada mediante Auto 225 del diecisiete (17) de marzo del dos mil veinte (2020) (Folios 196 – 197, cuaderno 1).
- Por medio de Auto 309 del 11 de noviembre de 2020, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 012 de 2015 (Folios 200 al 214 del cuaderno N° 1).
- El 25 de noviembre de 2020 se efectúa la remisión del expediente 012 de 2015, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 219 Cuaderno 1).

II. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante **Auto 309 del 11 de noviembre de 2020**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó el **archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 012 de 2015** y como consecuencia de esa declaración, desvinculó la compañía aseguradora vinculada y finalmente, ordenó la remisión del expediente a esta instancia jerárquica con el fin de que se surta el Grado de Consulta.

El Despacho, en aras de no caer en una innecesaria tautología, de manera sucinta traerá a colación los argumentos del a-quo en el auto objeto de consulta, sin que con ello de manera obvia, se prescinda de los argumentos torales de la misma.

Se cimienta el instructor de instancia, por una parte, en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, pues no podrá proceder la imputación si de las pruebas practicadas, se evidencia la falta de uno de los elementos de la responsabilidad fiscal. Arguye además, que en autos no concurre uno de los elementos de la responsabilidad fiscal como es la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

La gestión fiscal expone, esta definida en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, acotando de manera adicional en este aspecto, que la Ley 1474 de 2001 complementa o ejemplifica la definición de gestión fiscal en sus artículos 82 y 118, al establecer: (i) la responsabilidad de los interventores y supervisores contractuales y (ii) las presunciones de culpa grave.

Precisa que los presuntos responsables fiscales en autos, en su rol de interventores, se pudo establecer en la pesquisa fiscal, que no tenían ni la competencia, ni la función de revisar, ni variar los términos en que se celebró el negocio jurídico.

Acota, que en este aspecto, ha disciplinado el Consejo de Estado :

*“la sala estima que las actividades relacionadas con la elaboración del presupuesto, cantidades de obra y especificaciones técnicas, así como la elaboración de un otrosí, no hacen parte de la naturaleza del contrato de interventoría, es decir, no le son propias por imposición legal, consuetudinaria o equitativa, como tampoco lo son por disposición contractual alguna.
[...]*

8.3 En ese orden de ideas, hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras, pero no que elabore presupuestos, cantidades y

especificaciones técnicas, razón por la cual desde una perspectiva de lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades [...]”¹

Colige, con apoyatura en lo anterior que: *“los señores Gustavo Adolfo e Iván Darío no podían obligar a las partes a identificar, valorar y distribuir los riesgos de los imprevistos pactados bajo el AIU y -mucho menos – podía retener o dejar de pagar una obligación acordada por las partes. Así las cosas, los presuntos responsables no pueden ser tenidos como gestores fiscales ni causantes ni concurrentes (v.gr. por conexidad próxima y necesaria) al daño en la medida en que **no tenían el dominio del hecho** pues no estaba en “posición de orientar los factores causales de acuerdo con la dirección final de su voluntad”².*

Es decir, ni aun queriendo reformar el pacto de imprevistos del AIU los señores Gustavo Adolfo e Iván Darío lo hubieran podido hacer ni podían impedir los pagos de las diferentes actas de ejecución so pretexto de un pacto indebido de los imprevistos del AIU, debido a que, actuando como interventores no tenían la función de realizar los cambios en los contratos, de la misma manera ocurre en el objetivo básico de su contrato de trabajo, que no contempla la modificación, creación o planeación de los pliegos de condiciones. En ese último caso, se estaría extralimitando en sus funciones e incumpliendo los contratos de interventoría a los que estaba sujeto. Por lo tanto, no se puede estimar que los señores hayan ejercido gestión fiscal causante del presunto daño”.

Ahora bien, y en otro orden de ideas, sostiene el a-quo que si se pudiera sostener que los presuntos responsables fiscales, tuvieran la competencia de realizar reformas a los contratos, con el fin de adecuarlos a una norma técnica o método presupuestal propio de la ingeniería, precisa que tal norma técnica no existe y, por lo tanto, no había fundamento alguno para cambiar el clausulado del negocio jurídico y-menos aún- impedir el pago del contrato de acuerdo con lo pactado.

Posteriormente y de manera metodológica aborda el análisis de la concurrencia del elemento **culpa grave**, para lo cual acude a la definición contenida en el artículo 6º de la Ley 678 de 2001, y seguidamente realiza un recuento exhaustivo sobre aspectos jurídicos relativos al AIU en los contratos estatales y la reglamentación prevista en el Decreto 2090 de 1989, que para el caso concreto, importa lo señalado a continuación:

“Se evidencia, entonces, que el Decreto 2090 de 1989, en el primer lugar, si prevé la posibilidad de incluir como costos de las obras los imprevistos y la administración del AIU; en segundo lugar, aplicar este decreto implica la inclusión de los imprevistos y la administración dentro del costo base, lo cual incrementa la utilidad toda vez que los mismos son tenidos en cuenta para ellos; en tercer lugar, el Decreto 2090 de 1989 se limita a establecer que la valoración de la administración y los imprevistos debe hacerse en una

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Daniel Rojas Betancourth, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicado 2426.

² Scheller D’angelo André. La teoría del dominio del hecho en la legislación colombiana. Revista de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. N° 35, Barranquilla, 2011, ISSN: 0121-8697

proporción del costo real y, finalmente, no incluye una norma en que se sujete el pago o reconocimiento de los imprevistos ni administración a su justificación o prueba.

En definitiva, aún si las partes hubiesen acordado regirse por el Decreto 2090 de 1989 – que no lo hicieron, el sujeto vinculado al presente proceso no habría violado de manera directa norma alguna, pues allí no se prevé la obligación de tipificar, estimar y asignar los riesgos previsibles como tampoco condiciona el pago de la administración y de los imprevistos sin su justificación.”.

Descartó que en autos los presuntos responsables fiscales, hubiesen incurrido en una violación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, considerando que dicha disposición no le es aplicable a EPM, al ser ésta una entidad con régimen de contratación especial, a la cual solo le son exigibles a los principios previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, de la función administrativa y la gestión fiscal respectivamente.

Por otra parte, indicó que tampoco se presentó una violación al principio de economía de la gestión fiscal, aclarando que ni en el hallazgo ni en la apertura del presente proceso se ha cuestionado el precio finalmente pactado y pagado por los respectivos negocios jurídicos, sino la forma de pactar y pagar uno de los elementos del precio, ya que lo que se reprocha es el pago de la administración de los *riesgos previsibles* sin haberlos tipificado, estimado ni distribuido sin sujetar su reconocimiento a prueba alguna.

En el mismo sentido, desechó la posibilidad de que los implicados fiscales en autos hubieran incurrido en la presunción de culpa grave señaladas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, acotando que esta presunción solo opera cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión. Esta presunción indica, sólo se aplica cuando se tiene prueba del supuesto de hecho, como es el incumplimiento de obligaciones propias de la interventoría, con baculo en lo señalado por el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, cuando ha rotulado:

“La sala estima que las actividades relacionadas con la elaboración del presupuesto, cantidades de obra y especificaciones técnicas, así como la elaboración de un otrosí, no hacen parte de la naturaleza del contrato de interventoría, es decir, no le son propias por imposición legal, consuetudinaria o equitativa, como tampoco lo son disposición contractual alguna.

[...]

8.3 En ese orden de ideas, hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras, pero no que elabore presupuestos, cantidades y especificaciones técnicas, razón por la cual, desde una perspectiva de

lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades [...]”³.

Adujo como corolario en este aspecto, que los presuntos responsables fiscales al aprobar el pago del factor “imprevistos” del AIU, cumplieron con la obligación como interventores, corroborando que los contratos de obra se ejecutaran de acuerdo con lo convenido entre las partes, entendiendo que se pactó dicho porcentaje como integrante del precio de los contratos no sujeto a justificación o prueba alguna.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 (modificada parcialmente por el Decreto 403 de 2020) y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, Decreto Legislativo 403 de 2020 y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 102 de 2019 y 300 de 2020 expedidas por la Contraloría General de Medellín, la Contralor General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000) (Modificado por el artículo 132 del Decreto Legislativo 403 de 2020).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subdirección Tercera, C.P. Daniel Rojas Betancourth, sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(…) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es 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.”⁴.

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...” (rft).

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

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

El Consejo de Estado, quien funge como máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, también se ha pronunciado respecto al grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, explicando:

⁴ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

*“El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, **en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal**, el superior de quien profiere **una decisión que consista en el archivo**, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la **modifique, confirme o revoque**. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. (...) Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.”⁵ (Lo resaltado es fuera de texto).*

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

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C-619/02.

El objeto de la responsabilidad fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional⁶ y la Ley⁷.

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

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

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

⁶ Sentencia SU 620 de 1996

⁷ Ley 610 de 2000

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

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y partiendo de las explicaciones argüidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta superioridad establece como problema jurídico, el verificar la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal estatuidos en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto Legislativo 403 de 2020, para determinar si efectivamente como lo elucubró el a-quo, de los presuntos responsables fiscales, no es predicable una conducta gravemente culposa, como elemento toral de la decisión consultada y si además, como se afirma en la providencia consultada, los imprevistos se pagaron de acuerdo al negocio jurídico que concernía a las partes en el presente averiguatorio, para determinar la procedencia del archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal.

Dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación del presupuesto aludido, la confirmación o revocatoria de la decisión materia de revisión.

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar lo siguiente: **(i)** La normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y si los imprevistos fueron causados de acuerdo al negocio jurídico pactado entre las partes y si por ende, no se configuró el daño patrimonial; **(ii)** La responsabilidad fiscal de los investigados en su calidad de interventores; **iii)** La verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa.

Por lo tanto, se procederá a discernir los tópicos antes precisados:

(i) La normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y si los imprevistos fueron causados de acuerdo al negocio jurídico pactado entre las partes y si por ende, no se configuró el daño patrimonial.

Por Acuerdo Municipal 069 de 1997, expedido por el Concejo Municipal de Medellín se transformó las Empresas Públicas de Medellín en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. En su artículo 3° se estableció su régimen jurídico, en el cual

se prescribe que sus actos y contratos, se regirían por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Ley o la Constitución Política.

Por otra parte, es necesario precisar, que el legislador, tanto en las Leyes 142 de 1994, como en la 689 de 2001, estableció y reiteró el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como es el caso objeto de averiguatorio fiscal.

En efecto, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, modificada por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, se estableció por parte del legislador nuestro, que su régimen contractual era el derecho privado.

Posición que hoy en día es pacífica, desde la jurisprudencia, cuando en tal aspecto y entre otras sea enseñado⁸: *“Ahora bien, la remisión anteriormente mencionada fue expresamente modificada por la ley 689 de 2001, la cual constituye sin mayores dubitaciones la regla aplicable frente a cualquier aproximación jurídica al tema que nos ocupa, e impide que el interprete del régimen jurídico en cuestión haga afirmaciones, aplicaciones o remisiones de normatividad extrañas como la ley 80 de 1993 para hacer juicios de legalidad de la conducta de los actores de la contratación dentro de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Desde el 31 de agosto, de 2001, día en que publicada en el diario oficial 44537 la ley 689 de ese año, entró a regir un marco jurídico específico y preferente para los contratos de las empresas de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se caracteriza en su artículo 3°, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier a la contratación pública del Estado”*.

Criterio jurisprudencial que se ha mantenido incólume al precisarse por el juez natural de las controversias contractuales⁹

“(…) como se señaló en líneas precedentes, Empresas públicas de Neiva, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, en esta medida, podría pensarse en principio que el contrato se rige por el Estatuto de Contratación de las entidades estatales, ley 80 de 1993, pues se trataba de una de las entidades referidas en su artículo 2°, como sujeto a sus disposiciones. no ostante los contratos, los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios celebrados por una empresa de servicios públicos domiciliarios están regidos por el derecho privado”.

Bajo esa óptica entonces, observa el Despacho, que desde el mismo traslado del presunto hallazgo fiscal efectuado por el equipo auditor en el pliego de condiciones, ya se había establecido que los imprevistos, estaban incorporados como precios unitarios de los diferentes ítems de obra.

⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2015, Radicado 880012331000200101004-01)

⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado 41001-23-31-000-03907-01

Así se desprende del hallazgo, cuando se afirma por parte del equipo auditor¹⁰: “ De acuerdo con los pliegos de condiciones de los procesos contractuales PC 2012-00742 y PC 2010 -3883 que dan origen en su orden, a los contratos anteriores, en el numeral 2.2.2.1 valor precios se indica que “ el proponente deberá indicar, en el formulario correspondiente de la propuesta el precio unitario para todos y cada uno de los ítems presentados y los valores totales que resulten de multiplicar las cantidades esrimadas por los precios unitario. [:..] los demás gastos que puedan afectar dichos se pagaran en el (AIUI), administración, imprevistos , utilidad e impacto comunitario del contrato, **es decir quedaran incorporados en los precios unitarios del mismo**””.(Lo resaltado es fuera de texto).

Aseveración anterior que pudo ser cotejada por el Despacho en el CD Contentivo del Hallazgo¹¹.

Una correcta lectura de los pliegos y que de contera obligaba a los oferentes, es que los imprevistos que se presentaren impactarían los precios unitarios de los diferentes ítems, es decir a los costos directos y por tanto, no afectarían los indirectos del contrato, pues de acuerdo a los pliegos, éstos no se pactaron como costos indirectos, sino que los imprevistos harían **parte integral del valor del respectivo ítem ofertado**.

Esa estipulación en los pliegos, en una contratación que se regía por el derecho privado obligaba sin dubitación alguna a los futuros proponentes, así lo ha sentenciado el juez natural de las controversias contractuales al rotularse:¹²

“Especial interés reviste la postura del derecho comercial frente al pliego de condiciones, el cual es calificado como oferta mercantil, en los términos del artículo 860 del Código de Comercio.

Art 860 C.Co “En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la mejor postura se desecharán las demás”.

De la normativa citada se desprende el derecho del mejor postor a ser el adjudicatario del contrato ofrecido y, también, el derecho a la reparación del daño causado aquel proponente que, habiendo presentado la mejor postura, se vea despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal, por ejemplo, a través de un requerimiento contrario a las reglas contenidas en la oferta mercantil.

De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta,

¹⁰ Página 6 del Cuaderno 1.

¹¹ Página 12 del Cuaderno 1

¹² Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2016, Radicado 25000-23-26-000-2003-00959-01.

esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades” (Lo resaltado es del Despacho).

La modalidad de ejecución de los contratos en autos, fue la de precios unitarios, lo que implica que cada uno de los ítems propuestos, se descomponen para determinar los costos que lo integran. Así lo ha precisado la jurisprudencia contenciosa, entre otras, al señalar¹³:“(..) Este sistema que suele ser el de mayor utilización en la práctica contractual, se emplea cuando, dada la complejidad del proyecto técnico que se pretende llevar a cabo, es difícil de determinar las cantidades de obra y las actividades que se deben desarrollar en la construcción; por tal razón, se elabora un listado de cada unidad técnica (ítems) de los elementos, de la mano de obra, de la maquinaria, de los equipos y de las actividades requeridas (número de elementos, metros cúbicos, metros cuadrados, metros lineales ,hora –hombre, hora equipo por ejemplo), pues de esta manera se logra establecer cuánto cuesta cada una de las unidades que, en conjunto, **constituyen el costo directo** de la obra, de tal suerte que deben existir tantos precios como ítems se hayan cotizado en la oferta.

(...) además, exige que se discrimine entre costos directos, es decir, los que están directamente relacionados con la construcción de la obra (materiales, mano de obra, maquinaria cte.) y los **costos indirectos** que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto. Parte de esos costos indirectos está representada por el componente denominado “AIU” (...) la “I” **significa imprevistos y corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se pueden presentar en el curso del contrato”** (Lo resaltado es fuera de texto).

Refulge entonces y de manera meridiana para el Despacho, que de acuerdo a los pliegos que fueron estructurados por el sujeto de control, no se establecieron costos indirectos en el proceso de contratación que dio genesis a los contratos objeto de censura por parte del equipo auditor, entonces bastara que los imprevistos que impactan los diferentes precios unitarios efectivamente se **hayan materializado o causado** en el desarrollo de los diferentes contratos objeto de la presente pesquisa fiscal, pues harían parte del precio unitario, sin necesidad de soporte alguno al respecto.

Bajo tales premisas, serias dudas afloran respecto a la materialización del daño patrimonial derivado del pago autorizado por los investigados de los imprevistos del AIU sin mediar soporte, en el entendido de que no hubo la identificación, valoración y distribución de riesgos, como quiera que la forma de pago pactada por las partes así lo permitían, es decir, el pago objeto de reproche fiscal **no proviene de una conducta antieconómica, inoportuna, deficiente, ineficaz, antijurídica, ilegal o contraventora de las estipulaciones precontractuales o contractuales**

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicado 1996-03577, expediente 205246(6).

consignadas en los contratos objeto de averiguatorio fiscal que como ya fue explicado, se rige por reglas del derecho privado.

Es necesario precisar y no como simple glosa que el daño patrimonial al Estado, se erige como **elemento estructurante de la responsabilidad fiscal**, y por tanto, debe acreditarse el mismo, en **grado de certeza**, para pregonarse la responsabilidad fiscal en un sujeto de control determinado.

El daño patrimonial al Estado, se erige como elemento estructurante de la responsabilidad fiscal, y por tanto, debe acreditarse el mismo, en **grado de certeza**, para pregonarse la responsabilidad fiscal en un sujeto de control determinado.

Así lo rotulado el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, cuando ha señalado entre otras:

*“cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000” por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado**”(Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01).*

En igual sentido se indicó:

*“(…) (i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación. La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable **que se tenga certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial**, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable” (Consejo de Estado, Sentencia del 1° de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (Lo resaltado es del Despacho).*

Las anteriores reflexiones, serían suficientes para confirmar el auto consultado, pues en criterio de esta superioridad, el daño al patrimonio de Empresas Públicas de Medellín E.S.P no se estructuró en autos en grado de **certeza**, empero, se

confirmara como elemento adicional suasorio del mismo, el hecho de que los investigados en autos en la prosecución de los contratos de marras objetos de pesquisa, actuaron de conformidad con los negocios jurídicos pactados y, porque además, como arista adicional, como de manera **atinada** lo elocubró el a-quo los presuntos responsables fiscales no actuaron con culpa grave.

(ii) La responsabilidad fiscal de los investigados en su calidad de interventores.

La Ley 610 de 2000, en su artículo 3º define la noción de gestión fiscal y respecto a dicha definición la Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia C-840 de 2001, en los siguientes términos¹⁴:

"Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado"

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado¹⁵:

"El contenido de la gestión fiscal está delimitada en su definición legal, jurisprudencial y doctrinaria, en la que se destaca que lo sustancial es que dicha gestión está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se lee en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, a saber: "Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

¹⁴ Ley 610 de 2000, artículo 3: "Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de septiembre de 2007. Radicado 25000-23-24-000-2001-01039-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Respecto del alcance de la expresión **gestión fiscal**, la misma Corporación señaló¹⁶:

“El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos”.

Así las cosas, considera el Despacho que en autos, no es dable pregonar que los presuntos responsables sean gestores fiscales, pues no pactaron el pago de imprevistos, ni obra prueba en la foliatura de que los mismos fuesen los ordenadores o pagadores de los recursos en la presente pesquisa.

Su actuación en los contratos en que fungieron como interventores estaban supeditados al cumplimiento de las obligaciones pactadas en los respectivos pliegos de condiciones y de la relación comercial pactada entre las partes, como bien lo sostuvieron en sus respectivas versiones libres que obran en el cartulario¹⁷

Ahora bien, debe aclararse que los investigados en la causa fiscal, fungieron como interventores en unos contratos que se rigen por el régimen privado, con una connotación especial y es que la interventoría en este aspecto, gira entorno al pacto comercial de las partes, como bien se ha indicado por la jurisprudencia contenciosa, *mutatis mutandis*¹⁸:

*“ (...) Para comprender el alcance de las funciones del interventor de un contrato de obra, suscrito por una entidad que presta servicios públicos, resulta preciso entender el concepto de interventoría y revisar el contrato que instrumentó el vínculo entre el interventor y la entidad que los presta (...) en relación con el segundo aspecto, se impone advertir que el contrato de interventoría, como se encuentra en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de (1993) y en el artículo 83 de la Ley 1474 de (2011) **no ha sido reglamentado de manera exhaustiva y específica por la normativa del derecho privado a la que se encuentra sujeto el contrato que suscribió Empresas Públicas de Medellín con Incol S.A por lo tanto, la regulación del contrato de interventoría se circunscribe de manera principal a las disposiciones que sus extremos negociales pacten en ejercicio de la autonomía comercial relacionado con la definición del contenido del negocio y de forma subsidiaria o supletiva a la normatividad de los Códigos Civil y de Comercio que les sea aplicable, en especial la regulación del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sin perjuicio de la sujeción a las normas impuestas de orden público, a las buenas costumbres y a la debida observancia del principio de la buena fe**”.* (Lo resaltado y subrayado es el Despacho)

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de abril de 2010 radicado 66001-23-31-000-2006-00102-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta) (subrayas del Despacho.

¹⁷ Versión libre obrante a folio 72 del cuaderno 1).

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 1° de junio de 2020, Sección Tercera Subsección C, Radicado 050012331000-2000-03409-01.

Así entonces, como es el caso de autos, la interventoría se circunscribió a la relación comercial pactada, no puede pregonarse que el obrar conforme a las estipulaciones pactadas pueda constituir Gestión fiscal (*pues sólo se corroboró por los implicados fiscales lo efectivamente pactado*).

Esa era la obligación total de los presuntos responsables al tenor de lo estipulado en los contratos y que obran en el averiguatorio fiscal¹⁹ al señalarse dentro del clausulado de los contratos: “ *Aplicación del pliego de condiciones. Todos los numerales de las condiciones y especificaciones [...] la propuesta y las demás disposiciones del mismo se entienden incorporadas en este contrato*”

De manera que, y en corolario necesario, lo que hace que el interventor o supervisor pueda llegar a ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal no es que ostente la calidad de servidor público o de particular que cumple potestades administrativas, **sino que ejerza actos propios de gestión fiscal**, aspecto éste que a su vez depende de las funciones específicas asignadas, en tanto y en cuanto tenga disponibilidad jurídica y material sobre los bienes o recursos públicos, circunstancias que en el presente averiguatorio no se presentaron, pues no tenían bajo su responsabilidad la forma de pago de los contratos como se pudo constatar de la versión libre que obra en la causa fiscal²⁰.

iii) La verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culpable.

En el plenario de acuerdo al hallazgo fiscal, quedo plasmado que los imprevistos hacían parte integral de los respectivos ítems y por ende debe concluir el Despacho, como bien lo manifestaron en su versión libre los presuntos implicados²¹ su rol como interventores **en los contratos en que ejercieron esa labor**, fue el de cotejar el cumplimiento estricto de acuerdo a lo pactado, y que de manera necesaria debían cumplir en los estrictos términos, pues lo pactado en la relación comercial y en los pliegos era consustancial a su labor de interventores.

Así entonces, no se podrá en autos, predicar que la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales en la prosecución de los contratos en los que ejercieron el rol de interventores, se haya realizado **con culpa grave**.

El Consejo de Estado, como máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, ha tenido la oportunidad de disciplinar en disímiles oportunidades lo que comprende el obrar culpable en una determinada circunstancia al señalarse²²: “ (...)

¹⁹ CD página 12 Cuaderno 1

²⁰ CD página 72 Cuaderno 1.

²¹ CD página 72 del Cuaderno 1.

²² Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurria y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo , o confío en poder evitarlo –actuación culposa -, es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva , en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en la conducta”.

Así las cosas, refulge para esta instancia de manera necesaria, el siguiente interrogante: ¿Actuaron con culpa grave los presuntos responsables fiscales, cuando de manera fehaciente consideraron que en su actuar no se birlaba el ordenamiento jurídico?.

La respuesta, debe ser el mismo razonamiento al que de manera **atinada** elucubró el a-quo, esto es, que no se puede predicar una conducta gravemente culposa en los presuntos responsables fiscales.

No puede entonces, endilgarse culpa grave en los presuntos responsables fiscales, cuando actúan con el convencimiento de que su actuar no desconoce el marco jurídico y jurisprudencial y que además se cimienta en el cumplimiento estricto de lo pactado entre las partes, por lo que no se vislumbra una incuria o conducta grosera en los mismos para pregonarse una conducta gravemente culposa.

Anterior reflexión de esta superioridad que se respalda con criterio jurisprudencial vinculante del Consejo de Estado, al señalar en este aspecto²³:

“[...] Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de una agente que generó un daño antijurídico(injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancia en que actuó; osea, la conducta es culposa cuando cuando el resultado daniño es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiendolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habria incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.(...) respecto de la culpa grave señalan los hermanoz Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularemnet grosera “ su autor no ha querido realizar el daño , pero se ha comportado como si lo hubiera querido (...) y agregan que “ reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podrá explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente”.

Ahora bien, no desconoce el Despacho que el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 consagra una presunción legal de culpa grave, empero, en autos, no se estructuró lo prescrito en tal aspecto por el legislador, cuando se establece en el artículo de marras “se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría

²³ Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.

o supervisión” ya que como acertadamente se precisó por el a-quo, que esta presunción se aplica cuando se tiene prueba del supuesto de hecho, esto es, para el averiguatorio fiscal, el incumplimiento de funciones de interventoría (*lo cual no ocurrió en autos*) y, con baculo en jurisprudencia en la cual se ha disciplinado por el juez natural de las controversias contractuales y citada en el proveido objeto de consulta²⁴:

“La sala estima que las actividades relacionadas con la elaboración del presupuesto, cantidades de obra y especificaciones técnicas, así como la elaboración de un otrosí, no hacen parte de la naturaleza del contrato de interventoría, es decir, no le son propias por imposición legal, consuetudinaria o equitativa, como tampoco lo son disposición contractual alguna.

[...]

8.3 En ese orden de ideas, hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras, pero no que elabore presupuestos, cantidades y especificaciones técnicas, razón por la cual, desde una perspectiva de lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades [...]”.

Así las cosas y en una sana sindéresis para el Despacho, resulta evidente como bien lo aseveró el a- quo, que no existe mérito para imputar dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal 012 de 2015 y de conformidad con lo expuesto en el presente proveido.

Por las anteriores consideraciones y sin mayores elucubraciones, se

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 309 del 11 de noviembre de 2020**, que ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 012 de 2015.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR 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**.

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de febrero de 2013 Radicado 2426.

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín.

Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica
Proyectó: Elkin M/ Profesional Universitario II.