

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°018 DE 2020

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°019 DE 2016

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA	
Providencia Consultada	Auto N° 300 del 10 de noviembre de 2020, por medio del cual se Archiva el Proceso con radicado 019 de 2016.
Entidad afectada	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EEPPM con NIT. 890.904.996-1.
Presuntos responsables	<ul style="list-style-type: none"> OSCAR MARIO LOPERA POSADA, cédula de ciudadanía 71.599.953. Profesional B (Supervisor contrato CT-2014-000096) JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY, con Nit 890.985.608-3, representada por el señor DIOMER DURANGO ORTIZ, cédula de ciudadanía 98.463.951.
Garante	ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., identificada con el Nit 860.002.505-7, hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con el NIT. 890903407-9, por la Póliza 20057.
Hecho investigado	Para la ejecución del Contrato-2014-00096 la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY gastó parte del anticipo en bienes y servicios que no están relacionados con el objeto del contrato.
Cuantía	OCHOCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$830.000); valor tomado del Auto de Apertura 191 del 20 de abril de 2018 (folio 26)
Procedimiento	Ordinario
Decisión	CONFIRMAR LA DECISIÓN CONSULTADA , esto es, el Auto 300 del 10 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, radicado 019 de 2016.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011, Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018, Resoluciones 102 de 2019 y 300 de 2020 (Manual específico de Funciones y competencias laborales), procede a resolver en Grado de Consulta la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 300 del 10 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 019 de 2016.

II. ANTECEDENTES

El presente Proceso se inició en virtud del hallazgo con incidencia fiscal número 4 y 5 del informe definitivo de la Auditoría Regular a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Vigencia 2014, el cual fue trasladado a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva por la Contraloría Auxiliar de Auditoría EPM 3 Agua y Saneamiento Básico, resulta conveniente citar los hechos, que fueron enunciados en el Auto 300 del 10 de noviembre de 2020.

2.1. HECHO INVESTIGADO

Mediante memorando radicado 047725-201500014479 del 11 de diciembre de 2015, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva unos hallazgos con presunta incidencia fiscal detectados en la Auditoría Regular a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para la vigencia 2014, relacionados con el contrato CT-2014-000096 (Cuaderno 1, folios 4-9). Según el Equipo Auditor el hallazgo fiscal consistió en que:

“Todo egreso que se haga de la cuenta de anticipo debe estar dirigido única y exclusivamente a pagos relacionados directamente con el contrato. Ningún egreso que no esté debidamente justificado, podrá ser soportado con una consignación posterior que el CONTRATISTA haga a la cuenta del anticipo”. Al realizar la auditoría a los gastos presentados por la JUNTA DE ACCION COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY, para la inversión del anticipo, el equipo auditor detectó gastos por la suma de \$ 830.000.00, que por su naturaleza no tienen nada que ver con objeto del contrato, como se presentan a continuación”. (Folio 4 vuelto).

Nótese que el hallazgo fiscal presentado se circumscribe al reconocimiento por concepto de anticipo de gastos que no guardan relación con el objeto y alcance contractual.

2.2. LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se señaló en el Auto de Apertura a OSCAR MARIO LOPERA POSADA, identificado con la cédula de ciudadanía 71.599.953, Profesional B, Supervisor contrato CT-2014-000096 (Folio 51-CD), y la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY, con Nit 890.985.608-3, representada por el señor DIOMER DURANGO ORTIZ, identificado con la cédula de ciudadanía 98.463.951 (Folio 23).

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EPM con NIT. 890.904.996-1 (Folio 25 vuelto).

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

Como presunto daño patrimonial, el Equipo Auditor determinó una cuantía de **OCHOCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$830.000)**; (Folios 4 y 26).

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva durante la etapa procesal mediante el Auto 214 del 5 de abril de 2019, vinculó a la Compañía de seguros ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., identificada con el Nit 860.002.505-7, hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con el NIT. 890903407-9, por la Póliza 20057 (Folio 110 revés).

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 231 del 13 de junio de 2016, mediante el cual se comisionó al Abogado ALBEIRO DE JESÚS PIEDRAHÍTA GÓMEZ, para sustanciar el Proceso con radicado 019 de 2016 (folios 16 al 17).
- Auto 379 del 16 de noviembre de 2017, se comisionó a la Abogada CATALINA DEL PILAR SÁNCHEZ DANIELS, para sustanciar el Proceso con radicado 019 de 2016 (folio 18 al 19).
- Auto 060 del 12 de febrero de 2018, se comisionó al Abogado ALBEIRO DE JESÚS PIEDRAHÍTA GÓMEZ, para sustanciar el Proceso con radicado 019 de 2016 (folio 21).
- Auto de apertura de indagación preliminar Nº 191 del día 20 de abril de 2018, se identificaron como presuntos responsables a OSCAR MARIO LOPERA POSADA y la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY, cuyo representante legal para la poca del contrato es el señor Diomer Durango Ortiz, y la cuantía del daño se cuantificó en la suma de ochocientos treinta mil pesos (\$830.000), originado en la ejecución del contrato CT-2014-00096. Igualmente se decretaron las pruebas que se consideraron conducentes y necesarias para aclarar los hechos investigados (Folios 22 al 28).
- Auto 625 del 23 de octubre de 2018, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decidió ORDENAR EL ARCHIVO del Proceso con radicado 019 de 2016 (folios 73 al 82).
- El 23 de noviembre de 2018, en el Auto 047, el Superior Jerárquico decidió REVOCAR en todas sus partes la decisión tomada el 23 de octubre de 2018, por

la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal a través del Auto 625 de la misma fecha (folios 85 al 97).

- Mediante Auto 015 del 28 de enero de 2019, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decidió ACATAR LO RESUELTO POR EL SUPERIOR ordenado en el Auto 047 del 23 de noviembre de 2018 (folios 100).
- El 21 de Febrero de 2019, el defensor DAVID SUÁREZ TAMAYO presentó memorial en el cual solicitó al Despacho Instructor declarar la CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL por cuanto el anticipo fue amortizado en su totalidad y la obra había sido ejecutada y recibida dentro de los términos contractuales por lo tanto no había existido un menoscabo patrimonial para E.P.M. (folios 101 al 106).
- En el Auto Auto 214 del 5 de abril de 2019, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, decidió ORDENAR LA VINCULACIÓN DE LA Compañía de Seguros (folios 107 al 111).
- En el del Auto 291 del 3 de mayo de 2019, se comisionó a la abogada CLAUDIA LILIANA SALAZAR SUÁREZ, para sustanciar el Proceso con radicado 019 de 2016 (folios 114 al 115).
- Mediante el Auto 089 del 3 de febrero de 2020, se comisionó a la abogada CATALINA DEL PILAR SÁNCHEZ DANIELS, para sustanciar el Proceso con radicado 019 de 2016 (folios 116 al 117).
- El 17 de marzo de 2020, en virtud del Auto 225 la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decide acatar lo ordenado por el Superior sobre la Suspensión de términos con ocasión de la Pandemia del COVID-19, según resoluciones expedidas al respecto (folios 118 al 134).
- Auto 276 del 20 de octubre de 2020, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decide acatar lo ordenado por el Superior en el sentido de LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS (folios 135 al 136).
- A través del Auto 300 del 10 de noviembre de 2020 la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal resolvió ORDENAR EL ARCHIVO del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 019 de 2016 (Folio 138 al 143).

2.7. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal radicado 019 de 2016, reposa el siguiente acervo probatorio:

- Informe Definitivo de la Auditoría «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Actas de mesas de trabajo «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Evidencia de los pagos o erogaciones «Folio 13 y 14 Cuaderno 1»;
- Respuesta por el ente auditado «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Carta de aceptación de la oferta «CD Folio 6, Cuaderno 1»;

- Causación Anticipo «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Comprobante Anticipo 1 «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Comprobante Anticipo 2 «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Facturas y actas de pago del contrato «CD Folio 6, Cuaderno 1»;
- Resumen Liquidación Bilateral «CD Folio 6, Cuaderno 1».

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 300 del 10 de noviembre de 2020, ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 019 de 2016, basándose principalmente en el argumento consistente en que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial, y por lo tanto, procede la decisión de Archivo (Folio 141 revés).

Igualmente, sostuvo el a quo que tanto del Informe Final de la Junta De Acción Comunal Barrio Villa Turbay como del resumen para la liquidación bilateral del Contrato 2014-000096, firmado por el Interventor, se pudo establecer que dentro del Contrato 2014-000096, suscrito entre la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO VILLA TURBAY – JAC y EPM, cuyo objeto fue “*la construcción, ampliación y referenciación de redes de acueducto, alcantarillado y obras complementarias de el circuito La Cascada y cuenca Santa Elena en el barrio Las Mirlas sector Tierra Adentro, segunda etapa, del Municipio de Medellín atendidos por EPM, bajo el Programa de Habilitación Viviendas*”, se entregó la obra contratada el 13 de julio de 2014. Adicionalmente, se pudo corroborar dentro de las actas 1, 2, 3 y 4 y los comprobantes de pago PT 939696, PT 939966, PT 946327 y PT 94549, el anticipo de CIENTO SETENTA Y SEIS MIL MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS M/cte (\$176'160.000,00) **fue completamente amortizado** (Folio 142 revés).

Recalca el funcionario investigador que ni el supervisor del contrato, ni la Junta de Acción Comunal Barrio Villa Turbay generaron perjuicio alguno al erario pues finalmente la obra fue debidamente ejecutada y entregada y el anticipo fue completamente amortizado. Por lo tanto, no se pude afirmar que haya existido un daño emergente ni lucro cesante al patrimonio de E.P.M. (Folio 143).

Concluye la primera instancia señalando que puede existir un criterio jurídico diferente que sostenga que, en su momento, antes de la amortización y ejecución completa del contrato de obra, haya habido temporalmente un daño emergente generado por el uso indebido del anticipo. Si en gracia de discusión se aceptara esta tesis, de todos modos, **con la amortización total del anticipo y la realización completa de la obra dicho daño estaría actualmente resarcido**. Así, teniendo en cuenta la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, **se habría configurado un hecho superado**, reconocido en

el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000 para la procedencia del archivo del proceso de responsabilidad fiscal (NSFT), en consecuencia, es aplicable lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 que dispone:

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

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. 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 las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Por lo tanto, acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, Resoluciones 102 de 2019 y 300 de 2020, estas últimas expedidas por este Ente de Control Fiscal, la Contralora General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

En el mismo sentido se debe tener en cuenta que según el Consejo de Estado¹ la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la Ley para cumplir una función administrativa, esto es, "la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto", lo cual es a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-CP: Guillermo Vargas Ayala, 22 de octubre de 2015, radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 132 del Decreto Ley 403 de 2020, 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 defensor de oficio, en desarrollo del cual se podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público.

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.

El grado de consulta es entonces 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 cuando el implicado estuvo asistido por un defensor de oficio, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque.

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."².

En cuanto a la decisión en grado de consulta, la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97 sostuvo que esta goza de un amplio margen de acción, al señalar:

"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

² Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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 ocurrir 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).

Igualmente, el máximo Órgano Constitucional, en Sentencia T-587 de 2002, sobre la consulta sostuvo:

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

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión 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 Constitucional³ y la Ley⁴.

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

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

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

4.3. 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 esgrimidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta superioridad jerárquica establece como problema jurídico, el verificar la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal establecidos en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto Legislativo 403 de 2020, para determinar si efectivamente como lo sostuvo el a quo, el hecho señalado por el Equipo Auditor y que originó el proceso de responsabilidad fiscal radicado 019 de 2016, no es constitutivo del detrimento patrimonial.

Dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación de los presupuestos en mención, la confirmación o revocatoria de la decisión materia de revisión.

Para resolver el problema planteado, el despacho analizará lo siguiente: **(i)** La acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal, **(ii)** La existencia del daño patrimonial, **(iii)** la procedencia del auto de archivo en un proceso de Responsabilidad Fiscal, y finalmente se emitirá la decisión que en derecho corresponda.

³ Sentencia SU 620 de 1996

⁴ Ley 610 de 2000

4.4. LA ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La Ley 610 de agosto 15 de 2000, “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de las contralorías”, prescribe:

“Artículo 5º - Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los elementos anteriores”.

Para mayor claridad, esta instancia analizará la acreditación de cada uno de estos elementos en el caso consultado.

1. UNA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA ATRIBUIBLE A UNA PERSONA QUE REALIZA GESTIÓN FISCAL.

Según este elemento, para deducir la responsabilidad fiscal es necesario en efecto determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. En este sentido cabe recordar que como lo señalan los artículos 4º y 5º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal y que para que ella se configure debe existir un nexo causal entre dicha conducta dolosa o gravemente culposa y el daño patrimonial al Estado. De lo cual se colige que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

En atención a lo anterior, debemos preguntarnos ¿cuándo existe culpa grave en la conducta imputable al gestor fiscal para que se pueda declarar la responsabilidad fiscal?

Cabe resaltar que, con la Sentencia C-619 de 2002 la Corte Constitucional equiparó la valoración de la conducta antijurídica para efectos del ejercicio de la acción de repetición o de la derivación de responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales respectivamente, en el dolo y la culpa grave dando aplicación en los dos casos a la preceptiva del artículo 90 de la Carta Política.

Nuestro Código Civil en su artículo 63 definió la culpa grave así:

"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios".

A su vez, el consejo de Estado define el concepto de culpa grave en los siguientes términos⁵:

"(...) Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un 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 las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría ocurrido 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 hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera. "Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño". De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha "... obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves..." (Derecho Civil, Parte II, vol. II, pág. 110) (18) y agregan que "... reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente..." (Mazeaud y Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, tomo I, volumen II, pág. 384).

Ahora bien, partiendo de la noción de culpa grave, se considera que esta se presenta cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público.

Respecto al elemento culpa grave, esta instancia de los medios de prueba aportados al proceso, verificó lo siguiente:

El Contrato 2014-000096, suscrito entre la Junta de Acción Comunal del barrio Villa Turbay – JAC y Empresas Públicas de Medellín tuvo como objeto "la construcción,

⁵ Consejo de Estado radicado 24953 sentencia de marzo 8 de 2007

ampliación y referenciación de redes de acueducto, alcantarillado y obras complementarias del el circuito La Cascada y cuenca Santa Elena en el barrio Las Mirlas sector Tierra Adentro, segunda etapa, del municipio de Medellín atendidos por E.P.M., bajo el Programa de Habilitación Viviendas”, fue perfeccionado el 20 de enero del 2014 con la aceptación de la oferta informada por Empresas Públicas al señor DIOMER DE JESÚS ARANGO ORTÍZ en la calidad de representante legal de la Junta de Acción Comunal del barrio Villa Turbay.

Según la carta de aceptación de la oferta, el **valor inicialmente pactado dentro del Contrato 2014-000096 fue de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/Cte (\$587.200.000)**.

Se evidenció que según el Pliego de Condiciones y Especificaciones Técnicas, correspondiente al Proceso de Contratación PC-2013-006531, del cual se derivó el Contrato 2014-000096, las principales actividades que Empresas Públicas buscaba realizar por medio de este contrato eran las que se relacionan a continuación:

- Construcción de aproximadamente 274.2m de red de acueducto, para atender 41 Viviendas.
- Construcción de aproximadamente 321.4m de red de alcantarillado, para atender 15 viviendas.
- Generar en la comunidad beneficiada con el proyecto aproximadamente 17 empleos hombre-mes/año.”.

Nótese que en el numeral 2.2.2.5. del Pliego de Condiciones y Especificaciones Técnicas, correspondiente al Proceso de Contratación PC-2013-006531, se estipuló:

“De conformidad con el Decreto 1935 de 2013, EPM entregará a EL CONTRATISTA en calidad de anticipo hasta una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor inicial estimado para cada uno de los Grupos que conforman este proceso de contratación, en pesos colombianos, siempre y cuando en su propuesta hubiese manifestado interés en que se le otorgue. (...)

“De acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del Artículo 4 del Decreto 1935 de 2013, por tratarse de contratos suscritos dentro del marco de la contratación social y con un presupuesto estimado igual o inferior a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 SMLV), para cada grupo, EPM no cobrará intereses sobre el valor del anticipo entregado al CONTRATISTA. Este anticipo se amortizará dentro del plazo de ejecución del contrato, razón por la cual se deducirá de las cuentas quincenales por obra ejecutada, en cuotas fijas, que para estos contratos será de siete (7) cuotas iguales para todos los grupos”.

Igualmente, se verificó la amortización del anticipo, y se logró establecer que la Junta de Acción Comunal del barrio Villa Turbay **solicitó y trató en debida forma** dicho

anticipo por el valor equivalente al 30% del valor inicial del contrato, lo cual correspondió a la suma de **CIENTO SETENTA Y SEIS MIL MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$176.160.000)**.

En definitiva quedó probado que la amortización del anticipo se realizó en debida forma, las evidencias aparecen plasmadas en el siguiente cuadro resumen:

ACTA	FACTURAS DE VENTA	VALOR DE FACTURAS	COMPROBANTE DE PAGO	VALOR DE AMORTIZACIÓN POR ANTICIPO
1	0364	\$35.684.420,68	PT 939696	\$25.165.714,29
2	0363 0365	\$5.332.685,47 \$102.540.446,25	PT 939966	\$50.331.428,59
3	0367	\$110.298.098,94	PT 946327	\$50.331.428,59
4	0368 0370 0373	\$173.249.542,44 \$8.802.336,43 \$51.391.018,50	PT 949549	\$50.331.428,53
TOTAL DE VALOR AMORTIZADO POR ANTICIPO				\$ 176.160.000,00

Es decir, con fundamento en lo que antecede, se colige que el anticipo materia de investigación fue completamente amortizado durante el pago de la ejecución de la obra, conclusión que encuentra sustento tanto en el Informe Final de la Junta de Acción Comunal del Barrio Villa Turbay como en el resumen que se realizó y que sirvió de soporte para la liquidación bilateral del Contrato 2014-000096, debidamente avalado con la firma del Interventor, lo cual da cuenta de que las obras fueron efectivamente realizadas y entregadas el 13 de julio de 2014, (folio 15) quedando así esclarecido los hechos que a voces del Equipo Auditor configuraban un supuesto detrimento patrimonial.

De igual manera se comprobó que el contrato fue liquidado bilateralmente el 16 de diciembre de 2014, cuyo valor ascendió a OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$846.206.610), y no quedó ningún valor pendiente de pago entre las partes. Igualmente que la obra fue ejecutada totalmente (Folio 15).

Luego, por lo visto y en gracia de lo probado en este proceso, se verificó que tanto la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL BARRIO VILLA TURBAY, con Nit 890.985.608-3, representada por el señor DIOMER DURANGO ORTIZ, identificado con la cédula de ciudadanía 98.463.951 y el señor OSCAR MARIO LOPERA POSADA, identificado con la cédula de ciudadanía 71.599.953, en calidad de supervisor actuaron con diligencia respetando lo pactado por las partes en el contrato número 2014-000096, suscrito entre la Junta de Acción Comunal del barrio Villa Turbay y las Empresas Públicas de

Medellín, el cual es ley para las partes⁶, en efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1603 del Código Civil Colombiano, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación o que por Ley le pertenezcan a ella sin cláusula especial⁷. Como se ha reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia contractual, la buena fe implica el respeto y la observancia de lo pactado en los contratos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos.

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, sino que de manera adicional tiene soporte en estipulaciones contractuales, es decir que no se vislumbra una incuria o conducta grosera en los mismos para pregonarse una conducta gravemente culposa.

Así las cosas, el Despacho considera que las anteriores son suficientes razones para concluir que en el caso subjudice **no existió culpa grave** de parte de los presuntos responsables fiscales, por cuanto estos actuaron con diligencia y prudencia en la ejecución de las obligaciones contractuales y en el manejo de los recursos asignados al contrato, además estos no incurrieron en una infracción u omisión del ordenamiento jurídico, por el contrario actuaron acorde a lo establecido en el contrato, tanto así, que se cumplió en su totalidad el objeto contractual establecido en el contrato número 2014-000096, suscrito entre la Junta de Acción Comunal del barrio Villa Turbay y las Empresas Públicas de Medellín.

2. DAÑO PATRIMONIAL

La noción de daño, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

El daño patrimonial al Estado está definido en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 como:

⁶ Artículo 1602 del Código Civil Colombiano

⁷ Sentencia Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Susección B, Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217), 30 de enero de 2013

“...la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, inefficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.

El daño constituye la médula del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina colombiana.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, 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 concurran 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 el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, 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 1º de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (NFT).

En cuanto a la figura del anticipo esa Alta Corporación lo ha definido en múltiples ocasiones⁸:

(...)En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato.

El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro

Así mismo, al anticipo se le ha atribuido una tercera característica, cual es que se trata de una figura aplicable, por regla general, a aquellos contratos que dentro de las clasificaciones tradicionales suelen denominarse de trato sucesivo, pues es en ellos donde se hace necesario financiar la ejecución del objeto contratado(...)

Igualmente, sobre la naturaleza de los recursos del anticipo el Consejo de Estado⁹ sostuvo:

*(...) no puede perderse de vista que **los dineros que se le entregan al Contratista por dicho concepto son oficiales o públicos**. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores asignados a la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro y que además sea amparado por una póliza de buen manejo y correcta inversión (...) NFT*

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22 de junio de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13436.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10607

Ahora bien, respecto a la amortización de los dineros entregados al contratista por concepto de anticipo algunos doctrinantes han sostenido:¹⁰

(...)el anticipo se devuelve a la entidad mediante la amortización, el cual deberá ser descontado de cada acta de pago que se realice al contratista, según se pacte el porcentaje de obra contractualmente establecido, por lo tanto, una vez amortizado el anticipo, esto marcará el retorno del capital a la entidad contratante(...) NSFT

Así las cosas, el Despacho considera que con base al material probatorio que reposa en el expediente y partiendo además de que el anticipo se amortizó en su totalidad y que la obra fue ejecutada con la observancia de las condiciones técnicas y financieras establecidas en los documentos que hacen parte integrante del contrato 2014-000096, por lo que se constató que en el caso sub-examine **no existió daño patrimonial** para las Empresas Públicas de Medellín.

3. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA

El último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa a efecto entre el daño y la culpa.

Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar responsabilidad fiscal implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa o dolosa del gestor fiscal. Por tanto, no existe dicho nexo, cuando en la producción del daño opera causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero.

En el caso consultado esta instancia observó que en el curso de la actuación procesal quedó plenamente demostrado que no existieron los elementos de culpa grave de parte de los presuntos responsables fiscales, ni tampoco la existencia de un daño patrimonial para las arcas de E.P.M., por lo tanto se desnaturalizó el objeto de la responsabilidad fiscal consagrado en el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, Modificado por el artículo 124 del Decreto 403 del 2020, a saber:

Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan,

¹⁰ Derecho público en el siglo XXI, Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos, autores Jaime Cubides Cárdenas, Julián Enrique Pinilla Malagón Jheison Torres Ávila y Germán Vallejo Almeida - Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016- páginas 43 a 64.

concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal".(NSFT)

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo expresado, sin mayores consideraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, que **el hecho objeto de investigación no es constitutivo de detrimento patrimonial**, esta instancia de consulta encuentra ajustado a derecho lo decidido en la providencia objeto de revisión, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto Nº 300 del 10 de noviembre de 2020**, ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 019 de 2016, en la medida en que no se ha producido daño al erario municipal en los términos precedentemente precisados.

VI. LA DECISIÓN

Sin más por considerar, y en mérito de lo expuesto, el Despacho de la **CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto Nº 300 del 10 de noviembre de 2020**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 019 de 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

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**.

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 Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe Oficina Asesora Jurídica
Proyectó: José L. Salazar Q. – Profesional Universitario 1