

## DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

### AUTO N° 015 DE 2020

### POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 022 DE 2016

Medellín, dos (02) de diciembre de dos mil veinte (2020)

<b>Providencia consultada</b>	Auto N° 290 del 3 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 022 de 2016.
<b>Entidad afectada</b>	Empresas Públicas de Medellín, identificada con NIT 890.904.966-1
<b>Presuntos responsable</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Beatriz Elena Taborda Chaurra, identificada con cédula 43.095.363</li> <li>➤ Efraín Villa Escobar, identificado con cédula 70.053.524.</li> <li>➤ Mary Luz Duque Zuleta, identificada con cédula 43.909.509</li> <li>➤ Mary Joanne Hart Ricaurte, identificada con cédula 43.617.463</li> </ul>
<b>Garante</b>	Royal & Sun Alliance Colombia S.A
<b>Hechos investigados</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. En la Revisión del Contrato CT-2013-00267, se realizaron pagos por por imprevistos, sin justificación y soportes por valor de \$5.041.834.15</li> <li>2. En la revisión del Contrato CT -2013-002688, se realizaron pagos por imprevistos, sin justificación ni soportes por \$8.538.525.48</li> <li>3. En la revisión del contrato CT-2014-00385-1 se realizaron pagos por imprevistos sin justificación ni soportes por valor de \$10.390.704.21</li> </ol>
<b>Cuantía</b>	Veintitres Millones Novecientos Setenta y Un Mil Sesenta y Tres Pesos con Ochenta y Cuatro Cvs ( \$23.971.063.84)
<b>Decisión</b>	<b>CONFIRMA LA DESICIÓN CONSULTADA.</b> 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 las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 102 de 23 de julio de 2019, expedida por la Contraloría General de Medellín, 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° 290 del 3 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 022 de 2016.

## I. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS INVESTIGADOS

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 2014, el cual se estructuró por el equipo auditor al remitir el correspondiente traslado ( Folio 6, del cuaderno N° 1) de la siguiente forma:

*“ En la evaluación realizada a los contratos número CT 2013-002667, CT 2013-002668 y CT 2014-000385-A1, se observó el pago por concepto de imprevistos ( dentro del AIU) sin los soportes correspondientes, por valor de \$ 23.971.063,83, durante la vigencia del año 2014.*

*En la revisión del contrato CT 2013-002667 cuyo objeto es: “ Modernización , reposición y referencia de redes de acueducto y construcción de acometidas de acueducto y obras complementarias en los circuitos: América, Ana Díaz, Berlin, Corazón Alto , Corazón, Sabaneta, San Cristobal y Versalles circuitos atendidos por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P Dos (2) grupos” se realizaron pagos por imprevistos por valor de \$ 5.041.834,15. Este contrato corresponde al grupo 2 del proceso PC 2013-004554 con alcance en los circuitos Berlin, Versalles y Sabaneta.*

*En la revisión del contrato CT 2013-002668, cuyo objeto es: “ Modernización, reposición y referenciación de redes de acueducto y construcción de acometidas de acueductos y obras complementarias en los circuitos: America, Ana Diaz, Berlin, Corazón Alto, Corazón, Sabaneta, San Cristobal y Versalles circuitos atendidos por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P-Dos (2) grupos” se realizaron pagos por imprevistos por valor de \$8.538.525.48. este contrato corresponde al grupo 1 del proceso de contratación pC-2013-004554 con alcance en los circuitos América, Ana Díaz, Corazón Alto y San Cristobal.*

*En la revisión del Contrato CT 2014 – 000385-A1, cuyo objeto es: “ Mantenimiento de redes, acometidas, reposición de redes , ejecución de obras accesorias generadas en este o en otros contratos o por personal de EPM, en el sistema de distribución de acueducto, atendido por Empresas Públicas de Medellín E.S. P” Se realizaron pagos por imprevistos por valor de \$10.390.704.21. este contrato corresponde a acta de trabajo por solicitud de ofertas técnica y económicas, teniendo en cuenta el resultado obtenido en el proceso de de contratación PC - 2013-004550, en el cual se firmaron los acuerdos de disponibilidad técnica para el grupo proveedor N° 19 Mantenimiento redes primarias y secundarias ( incluye acometidas.*

*De acuerdo con los pliegos de condiciones de los procesos contractuales y solicitud de oferta, antes citado y que dan origen a los contratos anteriores en el numeral 2.2.2.1 Valor precios o precios de la oferta, 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 estimadas por los precios unitarios [ ...] los demás gastos que puedan afectar dichos costos se pagaran en*

(AIUI), administración, imprevistos, utilidad e impacto comunitario del contrato, es decir quedaran incorporados en los precios unitarios del mismo”. Las propuestas seleccionadas presentaron en sus respectivas ofertas los formularios: 4. Cantidades de obra, precios unitarios y valores totales y 8. Administración, utilidad, imprevistos, impacto comunitario y otros, en los que se describe el porcentaje que corresponde a cada factor del AIUI siendo para el caso de los imprevistos el 1.50% para el contrato CT 2013-002667 y del 1% en los contratos CT 2013-002668 y CT-2014-000385-A1.

Los imprevistos cancelados se realizaron sin que mediaran los respectivos soportes que permitieran demostrar la causación de los mismos”.

## **2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES**

Como presuntos responsables se determinó en el Hallazgo de Auditoría a las siguientes personas:

- Beatriz Elena Taborda Chaurra, identificada con cédula 43.095.363
- Efraín Villa Escobar, identificado con cédula 70.053.524.
- Mary Luz Duque Zuleta, identificada con cédula 43.909.509 y Mary Joanne Hart Ricaurte, identificada con cédula 43.617.463

### **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 Veintitres Millones Novecientos Setenta y Un Mil Sesenta y Tres Pesos con Ochenta y Cuatro Cvs ( \$23.971.063.84)

### **2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.**

Como persona jurídica garante, se vinculó a: Royal & Sun Alliance Colombia S.A; con Nit 860-002-505-7 ( folios 603 al 604 del cuaderno N° 4).

### **2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

- Auto 084 del 29 de febrero de 2016, por medio del cual se ordena iniciar la indagación preliminar en el trámite con radicado 022 de 2016 (Folio 12 al 14, cuaderno 1).
- Auto 167 del 25 de mayo de 2017, por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal (Folio 18 al 22, cuaderno 1).
- Copia allegada al proceso del informe definitivo de auditoria regular practicada a Empresas Públicas de Medellín, vigencia 2014 ( folios 45 al 133 del cuaderno n° 1)
- Por medio de Auto 290 del 3 de noviembre de 2020, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 022 de 2016 (Folios 822 al 843 del cuaderno N° 4).
- El 10 de noviembre de 2020 se efectúa la remisión del expediente 022 de 2016, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 845 del Cuaderno 4).

## II. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 290 del 3 de noviembre de 2020, ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal que concita el conocimiento de esta instancia, basándose de manera total en lo prescrito en el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, cuando ordena la pertinencia del 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”*.

Sostiene el a-quo, en el averiguatorio fiscal que no se configuraron los requisitos de la responsabilidad fiscal prevista en el marco jurídico, toda vez que en autos no se vislumbra el elemento de la conducta gravemente culposa o dolosa.

Por otra parte, se afina en lo preceptuado en los artículos 1° y 4° , de la ley 610 de 2000, que prescriben , tanto los aspectos generales del proceso, como el objeto y el propósito resarcitorio que la misma entraña, al indicarse en los artículos de marras:

*“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los*

*particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (...).*

**Artículo 4°. (Modificado por el artículo 124 del Decreto 403 del 2020) 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, concurren, 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”.*

Analiza la providencia consultada, como báculo por una parte, los elementos de la Responsabilidad Fiscal, establecido en el artículo 5° de la ley 610 de 2000 (modificado por el Decreto 403 de 2020), desglosándolo en cada uno de sus elementos estructurantes, esto es, en primer lugar el componente subjetivo a título de dolo o conducta gravemente culposa; en segundo lugar, el elemento objetivo o el daño efectivamente causado, erigiéndose este como la medula espinal del Proceso de Responsabilidad Fiscal y en tercer lugar, el nexo causal que se traduce en el ligamen que une el anterior tríptico de los elementos ontológicos de la responsabilidad fiscal.

Se arguye además, que una vez determinada la existencia cierta, cuantificada y probada del daño, será posible abordar el análisis sobre la conducta dolosa o gravemente culposa, atribuible a quienes en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal, hayan ocasionado menoscabo al patrimonio del Estado, y así finalmente, analizar la configuración del nexo causal con los elementos anteriormente enunciados.

Partiendo de manera metodológica de lo anteriormente esbozado, el aquo sintetiza la decisión de instancia consultada bajo dos aspectos medulares, el primero en que si bien es cierto se logró establecer que los presuntos responsables fiscales y su apoderada judicial desarrollaron su defensa, en el sentido de que los imprevistos pagados dentro de los contratos CT 2013-002667, CT-2014000385-A1, efectivamente se causaron y que no existe norma expresa, ni criterio jurisprudencial unívoco que indique la justificación para el pago de éstos. Empero, para el funcionario instructor de primera instancia, el criterio total para su decisión de archivo, se afinca en la ausencia



del elemento subjetivo esto es, el dolo o culpa gravemente culposa de los presuntos responsables fiscales.

Con relación a que los imprevistos efectivamente se causaron en el averiguatorio fiscal, esta superioridad funcional traerá en lo pertinente, lo acotado por el a-quo en la providencia consultada, el cual se transcribe, sin que con ello se caiga en una innecesaria tautología:

*“Tal y como se informó a la Contraloría a través de la respuesta al Informe de Preliminar de la Auditoría Regular a Empresas Públicas de Medellín vigencia 2014, así como en las respectivas versiones libres presentadas por los investigados, los riesgos que se materializaron en los contratos de obra CT-2013-002667 y CT-2013-00385 A1, fueron los siguientes:*

**CT-2013-002667:**

- *“Condiciones de seguridad en los circuitos Berlín y Versalles que implicaron mayores tiempos de ejecución y reprocesos en la ejecución de las obras, toda vez que se debió suspender las actividades programadas para ejecutar, por la presencia de grupos armados. El contratista al tener todos sus recursos dispuestos para la ejecución de las actividades y al tenerse que retirar de los sitios de obra, incurrió en sobrecostos de equipos y personal.*
- *“La infraestructura de EPM presenta componentes con muchos años de antigüedad, que deben ser operados para lograr realizar las suspensiones del servicio de acueducto y así realizar las obras proyectadas en la ejecución del contrato. En el momento de operar elementos como válvulas e intervenir redes muy antiguas se presentan daños que afectan los rendimientos programados en el contrato. Igualmente, no se logra tener la suspensión de flujo de agua en el tiempo estimado en la zona en la cual se va a ejecutar la obra, lo que implica también un mayor tiempo de espera y esto se materializa en un mayor tiempo de dedicación y costo del personal.*
- *“Falta de disponibilidad y alta rotación de mano de obra calificada y no calificada en el mercado para la ejecución del contrato, lo que se ve reflejado en tiempos muertos para el inicio de ciertas actividades. Se presenta pérdida de tiempo para todo el personal que ingresa a laborar representada en tiempos de selección y vinculación, exámenes médicos, capacitaciones y certificaciones, lo que se traduce en mayores costos de personal para la ejecución de las obras.*
- *“Factor climático extremo, generando reprocesos y pérdida de material por saturación o contaminación del mismo.*

- “Ausentismos por enfermedad común y accidentes e incidentes de trabajo.

#### **CT-2013-00385 A1**

- *“Se presentó el hurto de la mezcla y base granular, por grupos delincuenciales de las zonas intervenidas con las obras.*
- *Se presentó el hurto de Equipo de compactación (“canguros”), en el barrio Mirador del Municipio de Bello, y en la Zona Norte del Municipio de Medellín, en los barrios Zamora y en los Populares. Estas situaciones se presentaron como consecuencia de los problemas de orden público en las zonas de alta criminalidad en donde se estaban ejecutando las obras de mantenimiento.*
- *“Se presentó el hurto de elementos utilizados para el manejo de impacto comunitario, como barricadas, señales verticales, entre otras, obligando al contratista a reponerlas continuamente, para cumplir con las exigencias establecidas en el pliego de condiciones del contrato.*
- *“Las fuertes lluvias, perjudicaron los rendimientos para la ejecución de las órdenes de atención, lo que genera para el contratista pago de horas extras diurnas, nocturnas y festivas para terminar los trabajos y cumplir con los cronogramas de atención.*

(...)

#### **CT-2013-2668**

*“Condiciones de seguridad en los circuitos Corazón y Corazón alto, que implicaron mayores tiempos y reprocesos en la ejecución de las obras, toda vez que se debió suspender las actividades ya programadas para ejecutar, por la presencia de grupos armados. El contratista al tener todos sus recursos dispuestos para la ejecución de las actividades y al tenerse que retirar de los sitios de obra, incurrió en sobre costos de equipos y personal.*

*“La infraestructura de EPM presenta componentes con muchos años de antigüedad, que deben ser operados para lograr realizar las suspensiones del servicio de acueducto y así realizar las obras proyectadas en la ejecución del contrato. En el momento de operar elementos como válvulas e intervenir redes muy antiguas se presentan daños que afectan los rendimientos programados en el contrato. Igualmente, no se logra tener la suspensión de flujo de agua en el tiempo estimado en la zona en la cual se va a ejecutar la obra, lo que implica también un mayor tiempo de espera y esto se materializa en un mayor tiempo de dedicación y costo del personal.*

*La adquisición de suministros importados como válvulas reguladoras de presión y accesorios, se vio afectada por la variabilidad en la tasa representativa del mercado TRM, lo cual implica un mayor valor de los elementos a adquirir.*

*Falta de disponibilidad y alta rotación de mano de obra calificada y no calificada en el mercado para la ejecución del contrato, lo que se ve reflejado en tiempos muertos para el inicio de ciertas actividades. Se presenta pérdida de tiempo para todo el personal que ingresa a laborar representada en tiempos de selección y vinculación, exámenes médicos, capacitaciones y certificaciones, lo que se traduce en mayores costos de personal para la ejecución de las obras.*

*Ejecución de obras en vías de alta pendiente, lo cual afecta los rendimientos de transporte y personal que hay establecidos para la ejecución del contrato. El transporte es más demorado lo que aumenta el número de viajes de material para llenos y botadas y esto se refleja en un mayor costo.*

*Reprocesos en pruebas para garantizar la calidad de las obras, como pruebas hidrostáticas, de densidad, resistencia de concretos, etc. Ello lleva a unos mayores sobrecostos.*

*Retrasos de ejecución de obras en el circuito Ana Díaz, porque muchas de las intervenciones requerían una suspensión del servicio desde el tanque, y debido a la estrechez de la vía, se debía romper en todo su ancho, impidiendo el paso de vehículos que realizan el lavado del tanque, por lo cual todo el personal dispuesto para la ejecución de las obras, debía esperar varias horas a que se terminaran las labores del mantenimiento del tanque y la salida de los vehículos para poder continuar con las obras.*

*Debido al alto número de suspensiones del servicio, programadas para la ejecución de empalmes e instalación de válvulas reguladoras de presión en el contrato, para evitar afectar los mismos clientes de manera repetitiva, muchas de las suspensiones programadas, tuvieron que ser aplazadas para otros días, lo cual implicó un cambio en la disponibilidad de recursos y mayores costos para el contratista.*

*Factor climático extremo, generando reprocesos y pérdida de material por saturación o contaminación del mismo.*

*Ausentismos por enfermedad común y accidentes e incidentes de trabajo (...)"*

Ahora bien, para apoyar sus consideraciones de instancia, en el sentido de que no se estructuró el elemento subjetivo en los presuntos responsables fiscales, no predicándose por ende una conducta dolosa o gravemente culposa, en razón de los disímiles pronunciamientos y posiciones jurisprudenciales y doctrinarias, que han surgido sobre el tópico del reconocimiento de los imprevistos, precisa que:

*“Después de la referencia que se acaba de hacer sobre los argumentos defensivos que presentó la apoderada y los presuntos responsables, Considera el Despacho, necesario hacer mención al comportamiento que ha tenido el tema materia de investigación en los demás procesos de responsabilidad fiscal que se han tramitado en la Contraloría General de Medellín, obteniéndose el siguiente resultado:*



*El Auto de Grado de Consulta 006 de 2015, fue confirmado el fallo sin responsabilidad fiscal dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado bajo el 113 de 2012.*

*Así mismo en el Auto 05 de 2015, también la segunda Instancia confirmó el fallo sin Responsabilidad Fiscal del Proceso 115 de 2012.*

*Igualmente, mediante Auto 035 de 2015, el Superior Jerárquico confirmó la Decisión de Cesación de la Acción Fiscal del Proceso 050 de 2013.*

*Nótese que, en las decisiones que se acaban de relacionar la Contraloría General de Medellín acogió la tesis según la cual para el pago de imprevistos no era necesario presentar soportes ni justificación, en el mismo sentido se admitió el argumento de los defensores, quienes alegaron como elemento de exoneración de responsabilidad la ausencia de norma que exija justificación para el pago de imprevistos.*

*Asociado a lo anterior se estableció que en los años dos mil dieciséis (2016) y dos mil diecinueve (2019), la Segunda Instancia en ejercicio del Grado de Consulta dio continuidad a la aplicación de esta tesis, según la cual no se exige soportes para el pago de imprevistos, así quedó plasmado en el Auto 004 del 21 de enero de 2016 dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 118-2012.*

*Se insiste, que al analizar este Auto 004 de 2016, encontramos en la página 14 que la Segunda Instancia tuvo en cuenta el concepto número EE 0071253 del 25 de octubre de 2012, expedido por la Contraloría General de la Republica, según el cual no se requería soportes para el pago de imprevistos.*

*Finalmente, se tiene que el 18 de febrero del año 2019, la Contralora de la época firmó la circular N° 01 del 18 de febrero del año dos mil diecinueve (2019), en la cual acoge textualmente los lineamientos del concepto número EE 0071253 del 25 de octubre de 2012<sup>1</sup>, expedido por la Contraloría General de la Republica, según el cual no se requería presentar soportes para el pago de imprevistos.*

---

<sup>1</sup> Contenido textual de las conclusiones del concepto EE 0071253 del 25 de octubre de 2012, emitido por la Contraloría General de la República es el siguiente: “El AIU forma parte del valor total del contrato, que una correcta planeación del contrato estatal permite prever los riesgos que puedan afectar al AIU, cuando a pesar de haberse hecho uso de los recursos establecidos como imprevistos , (i), se presentan circunstancias en el contrato que excedan lo planeado y superen cualquier cálculo previsible, demostrado ampliamente tal situación puede ser viable un desequilibrio financiero y finaliza el concepto señalando que si al estructurarse la relación negocial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos en que incurrirá en la ejecución del objeto contractual y por tanto, plantea una partida de imprevistos insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumílos, sin que le sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación, pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso”.

*De otra parte, también hay que anotar que la Contraloría General emitió varios fallos con responsabilidad fiscal respecto del pago de imprevistos sin soportes, situación que ha generado brotes de inconformidad por parte de los defensores, quienes alegan que de acuerdo a la Ley 1437 de 2011, frente a situaciones similares no puede haber decisiones contradictorias.*

*En virtud de lo anterior es claro para el Despacho que hasta el momento no existe claridad sobre si se debe exigir o no soportes para el pago de imprevistos, es tan profusa la incertidumbre que la misma Contraloría General de Medellín ha emitido decisiones contradictorias, lo que permite concluir que si el Órgano de Control tiene dudas sobre la temática, también los presuntos responsables tuvieron la duda al momento de autorizar o realizar los pagos por concepto de imprevistos, falta de certeza que justifica el comportamiento de los presuntos responsables, en otras palabras, en el caso en comento se observa que no existió una conducta gravemente culposa o dolosa, en consecuencia no se dan en forma concurrente los tres elementos axiológicos de la Responsabilidad Fiscal.*

*Con fundamento en lo expuesto esta Oficina Investigadora, procede a decretar la cesación de la acción fiscal y como consecuencia de ello disponer el archivo del proceso con radicado 022 de 2016, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, dentro del averiguatorio referido al pago de imprevistos dentro de los contratos CT-2013-002667, CT-2013-002668 y CT-2014000385-A1.”*

Razones anteriores que condujeron al a-quo para decretar el archivo del presente introductorio fiscal, al no estructurarse en autos, de manera primordial y cardinal la estructuración de una conducta gravemente culposa de los presuntos responsables fiscales.

### **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 la Resolución 102 de 2019 expedida 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).

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.”<sup>2</sup>.*

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*

<sup>2</sup> Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

*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”.*

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 Constitucional<sup>3</sup> y la Ley<sup>4</sup>.

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.

<sup>3</sup> Sentencia SU 620 de 1996

<sup>4</sup> Ley 610 de 2000



- 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..."*.

### 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 funcional 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 total de la decisión consultada y si además, como se afirma en la providencia consultada los imprevistos fueron materializados en la prosecución de los contratos objeto de reproche 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 necesariamete abordar lo siguiente: **(i)** la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y si los imprevistos fueron causados o materializados en desarrollo de los contratos objeto de glosa y si por ende, no se configuró el daño patrimonial; **(ii)** 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 y si los imprevistos fueron causados o materializados en desarrollo de los contratos objeto de glosa 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 se ha enseñado<sup>5</sup>: “ *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 contractuales<sup>6</sup>

“ (...) 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”.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2015, Radicado 880012331000200101004-01)

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado 41001-23-31-000-03907-01

Bajo esa óptica entonces, observa esta superioridad funcional, que desde el mismo traslado del presunto hallazgo fiscal efectuado por el equipo auditor ( folio 10 reverso del cuaderno 1) en el pliego de condiciones, ya se había establecido que los imprevistos, estaban incorporados como precios unitarios de los diferentes ítems.

Así se desprende del hallazgo, cuando se afirma por parte del equipo auditor: “ De acuerdo con los pliegos de condiciones de los procesos contractuales y solicitud de oferta, antes citados, y que dan origen a los contratos anteriores, en el numeral 2.2.2.1 Valor precios o precios de la oferta, se indica que “ El proponente deberá indicar, en el formulario de la propuesta, el precio unitario, para todos y cada uno de los ítem presentados, y los valores totales que resulten de presentar las cantidades estimadas por los precios unitarios [...] los demás gastos que puedan afectar dichos costos, se pagaran en el (AIUI, administración, imprevistos, utilidad e impacto comunitario del contrato, **es decir quedarán incorporados en los precios unitarios del mismo**”). ( Lo resaltado es fuera de texto).

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 costos indirectos del contrato, pues de acuerdo a los pliegos, éstos no se pactaron como costos indirectos.

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:<sup>7</sup>

*“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***

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2016, Radicado 25000-23-26-000-2003-00959-01.

***principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, 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 del contrato 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 señalar<sup>8</sup>: “(..) 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.

Con la anterior premisa observa el Despacho, que los imprevistos se materializaron, pues así lo precisó el sujeto de control auditado, y que se plasma en el informe definitivo de auditoria al establecerse<sup>9</sup>:

“ Contrato CT 2013-002667.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicado 1996-03577, expediente 205246(6).

<sup>9</sup> Folios 63 reverso ; 63 y 64 , 66 reverso al 67 del Cuaderno N° 1.



- *Imprevistos: \$5. 041.834*
- *Objeto: “ Modernización y, reposición y regerenciación de las redes de acueducto y construcción de acometidas de acueducto y obras complementarias en los circuitos de la América, Ana Díaz, Berlin , Corazón alto, Corazón , Sabaneta, San Cristóbal y Versalles, Circuitos atendidos por EPM de Medellín E.S.P.*
- **Riesgos Contemplados en el componente en el componente de imprevistos sobre el AIU y materializados:**
  - *Condiciones de seguridad en los Circuitos Berlin y Versalles, que implicaron mayores tiempos de ejecución y reprocesos en la ejecución de las obras, porque se debió suspender actividades ya programadas para para ejecutar por presencia de grupos armados. El contratista al tener todos sus recursos dispuestos para la ejecución de las actividades y al tenerse que retirar de los sitios de las obras incurre en sobre costos de equipos y personal*
  - *La infraestructura de EPM presenta componentes con muchos años de antigüedad, que deben ser operados para lograr las suspensiones del servicio de acueducto y así realizar las obras proyectadas en la ejecución del contrato. En el momento de operar estos elementos como válvulas e intervenir redes muy antiguas se presentan daños que afectan los rendimientos programados para la ejecución de las obras. Igualmente no se logra obtener la suspensión de flujo de agua en el tiempo programado para la zona en la cual se requiere la ejecución de las obras. Igualmente no se logra obtener la suspensión del flujo del agua en el tiempo programado para la zona en la cual se requiere la ejecución de las obras , lo que implica también un mayor tiempo de espera y esto se materializa en un mayor tiempo de dedicación y costo de personal.*
  - *Falta de disponibilidad y alta rotación de mano de obra calificada y no calificada en el mercado para la ejecución del contrato, lo que se ve reflejado en tiempos muertos de inicio de ciertas actividades. Se presenta pérdida de tiempo para todo el personal que ingresa a laborar representadas en tiempos de selección y vinculación, exámenes médicos, acapitaciones y certificaciones etc. Esto se traduce en mayores costos incurridos de personal para la ejecución de las obras..*

*Factor climático extremo, generando reprocesos y pérdida de material por saturación o contaminación del mismo.*

- *Reemplazo y reposición de material para cimentaciones de tubería*
- *Reemplazo y reposición de llenos de brechas de tubería*
- *Reemplazo y reposición de llenos de base y subbase para vías*
- *Deslizamiento en las brechas y taludes*
- *Acarreos internos manuales por el no ingreso de vehículos a las obras.*
- *Vaciados de concretos afectados*

- *Problemas para el ingreso y salida de volquetas para botada de material de movimiento de tierra y excavaciones (...).*

Con relación al contrato CT 2013-002668:

- Valor imprevistos: \$ 8.538..525
- Objeto: “ Modernización, reposición y referenciación de las redes de acueducto y construcción de acometidas de acueducto y obras complementarias en los circuitos de América, Ana Díaz, Berlin, Corazón alto, Corazón, Sabaneta, San Cristibal y Versalles circuitos atendidos por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P”.
- **Riesgos contemplados en el componnete de imprevistos sobre el AIU y materializados.**
  - *Condiciones de seguridad en los circuitos Corazón y Corazón Alto, que implicaron mayores tiempos y reprocesos en la ejecución de las obras, porque se debió suspender actividades programadas para ejecutar por presencia de grupos armados. El contratista al tener todos sus recursos dispuestos para la ejecución de las actividades y al tenerse que retirar de los sitios de las obras incurre en sobrecostos y al tenerse que retirar de los sitios de las obras incurre en sobre costos de equipos y de personal principalmente.*
  - *La infraestructura de EPM presenta componnetes con muchos años de antigüedad , que deben ser operados para lograr realizar las suspensiones del servicio de acueducto y así las obras proyectadas en la ejecución del contrato. En el momento de operar estos elementos como válvulas e intevenir redes muy antiguas se presentan daños que afectan los rendimientos programados para la ejecución de las obras.igualmente no se logra obtener la suspensión de flujo de agua en el tiempo programado para la zona en la cual se requiere la ejecución de las obras, lo que implica también un mayor tiempo de espera y esto se materializa en un mayor tiempo de dedicación y costo de personal.*
  - *Falta de disponibilidad y alta rotación de mano de obra calificada y no calificada en el mercado para la ejecución del contrato , lo que se ve reflejado en tiempos muertos para el inicio de ciertas actividades. Se tiene pérdida de tiempo para todo el personal que ingresa a laborar represntada en tiempos de selección y vinculación, exámenes médicos, capacitaciones y certificaciones ctc.*
  - *Ejecución de las obras en vias de alta pendiente, lo cual afecta los rendimientos de transporte y personal que que hay establecidos para la ejecución del contrato . el transporte es más demorado lo que aumenta el número de viajes de material para llenos y botadas y esto se refleja en un mayor costo.*
  - *Reprocesos en pruebas para garantizar la calidad de las obras como pruebas hidrostáticas , de densida, resistencia de concretos, ctc, esto conlleva a unos mayores costos.*

- *Retrasos de ejecución de obras en el circuito Ana Díaz, porque muchas de las intervenciones requerían una suspensión del servicio desde el tanque y debido a la estrechez de la vía se debía romper en todo su ancho impidiendo el paso de vehículos que realizan el lavado del tanque, por lo cual todo el personal dispuesto para la ejecución de las obras debía varias horas a que se terminaran las labores de mantenimiento en el tanque y la salida de los vehículos para poder continuar las obras.*

*Debido al número alto de suspensiones del servicio programadas para la ejecución de empalmes e instalación de válvulas reguladoras de presión en el contrato, para evitar afectar los mismos clientes de manera repetitiva, muchas de las suspensiones programadas tuvieron que ser aplazadas para otros días, lo cual implicó un cambio en la programación de recursos y mayores costos para el contratista.*

*Factor climático extremo, generando reprocesos y pérdida de material por saturación o contaminación del mismo:*

- *Reemplazo y reposición de material para cimientos de tuberías.*
- *Reemplazo y reposición de llenos de brechas de tuberías.*
- *Reemplazo y reposición de llenos de base y subbase para vías.*
- *Deslizamientos de brechas y taludes.*
- *Acarreos internos manuales por el no ingreso de vehículos a las obras.*
- *Relavado de tuberías por el ingreso de lodo.*
- *Vaciados de concreto afectados.*
- *Problemas para el ingreso y salida de vehículos de volquetas para botada de material de movimiento de tierra y excavaciones”*

Con relación al contrato CT- 2014-000385-A1:

- *Objeto: “ El mantenimiento de redes, acometidas, reposición de redes, ejecución de obras accesorias generadas en este o en otros contratos o por personal de EPM, en el sistema de distribución de acueducto, atendido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P”.*
- *Valor imprevistos \$ 10.390.704.*

### **Riesgos contemplados en el componente de imprevistos sobre el AIU y materializados.**

- *En los contratos de mantenimiento que incluyen la actividad de pavimentación de zanjas y apiques, se presenta el hurto de la mezcla y la base granular, por grupos delincuenciales de la zona.*
- *Se presentaron los siguientes robos:*

- *Equipo de compactación (canguros) en el Barrio el Mirador del Municipio de Bello y en la zona Norte del Municipio de Medellín, en los barrios Zamora y en los popuñales. Esto se genera por los problemas de orden público y zonas de alta criminalidad en donde se deben ejecutar los trabajos de mantenimiento.*
- *Elementos utilizados para el manejo del impacto comunitario, como barricadas, balizas, señales verticales, entre otras, que se da en todas las zona atendidas por el contrato, obligando al contratista a reponerlas continuamente, para dar cumplimiento a las exigencias establecidas en el pliego de condiciones “.*

Lo anterior se concatena, y que le da un elemento suasorio suficiente al Despacho, en este aspecto, para pregonar la efectiva **materialización** de los imprevistos en los contratos objetos de reproche fiscal, con prueba documental que al efecto obra en la foliatura, por parte del contratista<sup>10</sup>.

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.*

<sup>10</sup> Folios 664 al 665 del cuaderno 4



*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 funcional, el daño al patrimonio de Empresas Públicas de Medellín E. S.P no se estructuró en autos en grado de **certeza**, empero, se confirmará como elemento adicional suasorio del mismo, de que en la presente pesquisa fiscal, como atinadamente lo elucubró el a- quo no se configuró una conducta gravemente culposa de los presuntos responsables fiscales, para lo cual se precisa lo siguiente:

(ii) la verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa.

La argumentación total del a –quo para decidir la instancia, gravita en que no ha sido pacífica la posición jurisprudencial, en torno a los imprevistos y su debido soporte por ende, no se puede pregonar en autos, una conducta **gravemente culposa** en los presuntos responsables fiscales, pues el comportamiento que había tenido la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva de esta Agencia Fiscal desde las calendas 2015 y 2016 eran pacíficas en el sentido de que no era necesario el soporte de estos imprevistos, pues de acuerdo a criterio jurisprudencial del Juez natural de las controversias contractuales y posición doctrinaria de la Contraloría General de la República, los imprevistos hacían parte **integral del valor del contrato**.

Así las cosas, esta superioridad funcional deberá cotejar la prueba arrojada en el compendio fiscal por parte de los presuntos responsables fiscales, que valga anotar, consiste en fallos proferidos por la Contraloría General de Antioquia, que precisamente, versan sobre el tópico objeto de autos, advirtiéndose que no obra en la foliatura los autos proferidos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y citados por la instancia, empero, fueron debidamente identificados en los archivos de esa dependencia, toda vez que fueron referenciados en el interlocutorio objeto de consulta, para llegar a la conclusión que no se configuró el elemento de culpa grave en los presuntos responsables fiscales.

En folios 228 al 243 del cuaderno 2, se arrima a la causa fiscal, Auto de Archivo 671 del 7 de noviembre de 2014 en proceso de Responsabilidad Fiscal 149-2013 adelantado por la Contraloría General de Antioquia en presunto hallazgo fiscal al

Municipio de Remedios Antioquia, en el cual se archiva el proceso, por considerar ese órgano de control que<sup>11</sup>:

*“ [...] no lejos de las anteriores anotaciones jurisprudenciales , este ente de control fiscal , tuvo la oportunidad de manifestarse al emitir su posición frente hallazgos sobre contratos o convenios con la cláusula del AIU –administración-imprevistos y utilidades ; que en sentir de esta instancia , fue más lejos al concluir “ que el AIU, al ser un un componente del valor del contrato, no sedebe justificar”, tal como quedó consignado en acta de reunión del Comité Operativo de la Contraloría Auxiliar de Auditoria integrada y el Comité Operativo de la Contraloria Auxiliar de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, fechada el 3 de julio de 2013”.*

De igual forma, se allegó al plenario Auto 201 del 22 de octubre de 2013, proferido por la Contraloría General de Antioquia, en proceso de Responsabilidad Fiscal 170-2013 por presunto hallazgo fiscal al Municipio de Sanpedro de Uraba.

Como báculo para proferir el auto de archivo por ese órgano de control, se rotuló que<sup>12</sup>:  
*[...] Así las cosas acogiendo los anteriores conceptos emitidos por el Departamento Nacional de Planeación que a su vez se fundamenta en fallos emitidos por el Consejo de Estado y los pronunciamientos emitidos por la Contraloria General de la República y la Contraloria General de Antioquia, es claro entonces, que frente a este caso en concreto donde se le reconocen en los contratos de obra relacionados en los hechos objetos de la presente investigación fiscal, los porcentajes por IMPREVISTOS como componentes del AIU no puede predicarse que exista daño si estos se pagan y no se causaron como se expresó anteriormente, toda vez que hace parte de la libertad contractual de que gozan las partes contratantes y por ser un aleas propio del proponente de riesgo que sume el contratista[...].”*

En versión libre presentada por escrito del señor Efrain Villa Escobar, presunto responsable fiscal y que obra en el cartulario<sup>13</sup>: se manifiesta que:

*“ Auto N° 006 de 2015 en grado de consulta. Proceso de Responsabilidad Fiscal Radicado 113-2012. Investigado Dr Luis Oliverio Cárdenas Moreno. Entidad Empresas Varias de Medellín-Contraloria General de Medellín-*

*(...) bajo estos parámetros, el Despacho debe señalar que la decisión de dictar fallo sin responsabilidad fiscal del proceso N° 113-2012, tomada por la primera instancia, se ajusta a los postulados legales, ya que al examinar el material probatorio obrante en el expediente, se observó que se cumple a cabalidad con los parámetros establecidos en el artículo 54 de la ley 610 de 2000, toda vez que no existe prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.*

<sup>11</sup> Página 231 cuaderno 2

<sup>12</sup> Folio 516 del Cuaderno 3

<sup>13</sup> Folio 188 Reverso del Cuaderno N° 1

*Lo primero que debe expresarse para sustentar la no existencia de material probatorio que conlleve a la certeza de los elementos de la responsabilidad fiscal en este proceso es que al analizar el análisis de la legislación colombiana, se detectó que no hay norma stricto sensu que exija u obligue al contratista a la presentación de soportes sobre la ocurrencia de imprevistos dentro de la ejecución del contrato para su reconocimiento y pago, ni tampoco a la entidad estatal para requerirlos al contratista”*

Ahora bien, esta superioridad debe partir de una premisa incuestionable para decidir la instancia y es que los supuestos hechos que configuraron los hallazgos fiscales datan de las calendas 2013 y 2014, cuando en realidad no existía una **posición univoca**, en cuanto al tópico de imprevistos, pues este órgano de control para situaciones acaecidas en esa calendas, había proferido como lo sostiene el a-quo fallos en la misma línea argumentativa emitida por el órgano de control precitado.

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 culposos en una determinada circunstancia al señalarse<sup>14</sup>:

*“ (...) 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 confio 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, refule 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 y acertada** elucubró el a-quo, esto es, que no se puede predicar una conducta gravemente culposa en los presuntos responsables fiscales.

Acotese en otro orden de ideas, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República<sup>15</sup>, data de una calenda anterior a los supuestos hechos objeto de reproche fiscal (2013 y 2014), al considerarse por parte de ese órgano de control y con soporte en sentencia del Consejo de Estado:

<sup>14</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

<sup>15</sup> Folio 487 del Cuaderno 3, concepto 2012EE0071253

*“ (...) en nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos de imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU- administración, imprevistos y utilidades – como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe si una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ellas”.*

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 decisiones administrativas que desde el preterito se venían profiriendo por los diferentes órganos de control del orden territorial, es decir 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 aspecto<sup>16</sup>:

*“[...] 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 hermanos 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”.*

De conformidad con 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° 290 del 3 de**

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.



**noviembre de 2020**, que ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 022 de 2016.

**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, 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.