

## DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

### AUTO N° 016 DE 2020

#### POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 006 DE 2015.

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

<b>Providencia consultada</b>	Auto N° 299 del 10 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 006 de 2015.
<b>Entidad afectada</b>	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (EE.PP.M.)
<b>Presunto responsable</b>	FERNANDO GUSTAVO VILLA VILLA, identificado con cédula de ciudadanía N° 70.508.070
<b>Garante vinculado</b>	Compañía de Seguros Suramericana S.A. (Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A.)
<b>Hecho investigado</b>	El pago de imprevistos del AIU sin soporte dentro del contrato CT- 2013-000240
<b>Cuantía</b>	Cuatro millones trescientos un mil setenta y ocho pesos con dos centavos (\$4.301.078.02)
<b>Decisión Despacho Contralora</b>	<b>CONFIRMA PROVIDENCIA CONSULTADA.</b> Se ordena la devolución del expediente a la dependencia de origen.

### I. COMPETENCIA DEL DESPACHO Y OBJETO DE LA DECISIÓN

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 268, numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto 403 del 2020, el Acuerdo Municipal 087 y 088 de 2018, las Resoluciones 092 y 300 de 2020 expedidas por la Contraloría General de Medellín y demás normas concordantes, procede a conocer en **GRADO DE CONSULTA** respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto N° 299 del 10 de noviembre de 2020**, por medio del cual se ordenó el **archivo** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 006 de 2015**.

### II. ANTECEDENTES

#### 2.1. Fundamentos fácticos.

La presente investigación, tiene su génesis en el memorando 047725-201400014657 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014), mediante

el cual el Contralor Auxiliar de la Contraloría de Auditoría Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el siguiente hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal:

*Hallazgo con presunta incidencia fiscal N°1, en la Auditoría Especial a Empresas Públicas de Medellín E.S.P vigencia 2013, los cuales contienen los contratos que se relacionan a continuación*

Número del contrato	Valor pagado en 2013 (sin reajustes)	AIU según propuesta	COSTO DIRECTO valor pagado menos valor pagado del AIU	Imprevistos según la propuesta	Valor Imprevistos sobre el costo Directo
CT-2012000068	\$1.102.132.808	34.70	\$818.212.924	1%	\$8.182.129
CT-2013-000503	849.956.189	37.21	\$619.456.446	1%	\$6.194.564
CT-2013-001405	493221491	45.00	\$340.152.752	1%	\$3.401.528
CT-2012-000067	\$1.601.546.340	32.00%	\$3.620.507.496	0.01%	\$362.051
CT-2013-000506	\$727.992.650	42.43%	\$380.526.303	1%	\$3.805.263
CT-2013-000505	\$692.890.425	48.9%	\$386.225.199	1%	\$3.862.252
CT-2013-000509	\$669.965.519	34.88%	\$403.153.263	1%	\$4.031.533
CT-2013-000240	\$574.565.753	33.14%	\$430.107.802	1%	\$4.301.078
TOTAL					\$34.140.398

Dentro del traslado del hallazgo, se allegaron las siguientes piezas probatorias (Folio 7, CD traslado de hallazgo, carpeta Álvaro Hallazgo AIU, CT-2013-000240):

- a. Minuta del contrato CT-2013-000240;
- b. Acta de liquidación Bilateral
- c. Órdenes de compras;
- d. Tramitación acta de pago;
- e. Pliego de condiciones;
- f. Póliza de cumplimiento

Los hechos que soportan el hallazgo objeto investigación, fueron soportados por el equipo auditor, así:

### Hecho 1.

Según el Traslado de hallazgos con incidencia fiscal, de acuerdo la revisión del contrato número CT-2013-000240 cuyo objeto es la construcción referenciación y obras complementarias para la adecuación del acceso a la planta de tratamiento de Agua potable, se realizaron pagos por imprevistos por valor de cuatro millones trescientos un mil setenta y ocho pesos con dos centavos (\$4.301.078.02). Los

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

## Hecho 2.

En el traslado de hallazgo se indica que el pliego de condiciones PC-2013-000297 en el numeral 2.2.2.1. valor precios,

*“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 el (AIUI), administración, imprevistos, utilidad e impacto comunitario del contrato, es decir, quedarán incorporados en los precios unitarios del mismo”*

## Hecho 3.

Las propuestas seleccionadas presentaron los formularios 11 y 12, respectivamente, en los que se describe el porcentaje que corresponde a cada factor del AIU, siendo para el primer proceso contractual: A=25.80%, I (imprevistos)=1.00%, U=2.00%, I (impacto comunitario)=4.34% (folio 5, cuaderno 1)

## Hecho 4.

Conforme al Acta de liquidación Bilateral, el pago total del contrato CT-2013-00240 fue de QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$574.565.754.96); cuyo 1% destinado a los imprevistos del AIU corresponde a CUATRO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON DOS CENTAVOS (\$4.301.078.02), tal como lo indica el equipo auditor en el formato de traslado de hallazgo con presunta incidencia fiscal y en su CD (Folio 7 , cuaderno 1, CD Traslado de Hallazgo).

### 2.2. El presunto responsable fiscal.

La presunta responsabilidad fiscal que se investiga recae sobre el señor **Fernando Gustavo Villa Villa** identificado con la **cédula de ciudadanía 70.508.070**, en calidad de Profesional B de Proyectos.

### 2.3. La entidad estatal presuntamente afectada.

Como entidad afectada se identificó a las **Empresas Públicas de Medellín**, con NIT. 890.904.996-1, empresa de servicios públicos domiciliarios, entidad descentralizada

del orden municipal, creada en Colombia mediante el Acuerdo 58 del 6 de agosto de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín, como un establecimiento público autónomo.

#### **2.4. Determinación del daño patrimonial y estimación de su cuantía.**

El presunto daño patrimonial fue tasado en la suma de cuatro millones trescientos un mil setenta y ocho pesos con dos centavos (\$4.301.078.02).

#### **2.5. Compañía garante vinculada.**

Como tercero civilmente responsable se vinculó a la Compañía de Seguros Suramericana S.A. (Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A.)

#### **2.6. Actuación procesal relevante.**

- Por medio del Auto 190 del día diecisiete (17) de abril del año dos mil quince (2015) se inició la Indagación Preliminar, la cual tiene por objeto investigar el pago de imprevistos del AIU sin soportes dentro del contrato CT-2013-000240, con radicado 006 de 2015 y se decretaron algunas pruebas con el fin de esclarecer la ocurrencia de la conducta fiscal, la causa del daño patrimonial y la identificación de los presuntos responsables (Folio 11, cuaderno 1).

- Por medio Auto 128 del día dieciocho (18) de marzo del año dos mil dieciséis (2016) se realizó la apertura formal del Proceso de Responsabilidad Fiscal y se decretaron pruebas con el fin de corroborar la concurrencia de los elementos de responsabilidad fiscal en el caso bajo estudio (Folio 42 – 44, cuaderno 1).

- Por Auto 733 de 2018 por medio del cual se incorpora prueba de los conceptos emitidos por la Universidad de Antioquia, Universidad EAFIT, Universidad Nacional y Universidad IEA sobre el tratamiento del porcentaje correspondiente a imprevistos del AIU (Folios 124 – 125, cuaderno 1).

- En Auto 225 del diecisiete (17) de marzo del dos mil veinte (2020), se suspendieron los términos de todos los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, cumpliendo la Resolución 126 del 2020 de la Contraloría General de Medellín, por medio de la cual se ordenaba dicha suspensión como consecuencia del estado de emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19. (Folios 165 – 166, cuaderno 1)

- Mediante Auto 276 del veinte (20) de octubre del dos mil veinte, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, cumpliendo lo ordenado por la Contralora

General de Medellín en la Resolución 392 del 14 de octubre del mismo año, levantó la suspensión de los términos que había sido decretada mediante Auto 225 del 17 de marzo del dos mil veinte (2020). (Folios 183 – 184, cuaderno 1)

- En Auto 285 del veintisiete (27) de octubre del año en curso, se desistió de la práctica de algunas pruebas ordenadas de oficio mediante el Auto 122 del día trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018). (Folio 189, cuaderno 1).
- Por Auto 299 del diez (10) de noviembre del año 2020, se ordenó el archivo del proceso. Como consecuencia de esta decisión, se ordenó la desvinculación de la compañía garante vinculada y ordenó la remisión del expediente al Despacho de la Señora Contralora, para que surta el Grado de Consulta (Folio 193 – 205, cuaderno 1).
- Mediante Memorando 202000006599 del 17 de noviembre de 2020, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, remite el expediente al Despacho de la señora para que se surta el Grado de Consulta (Folio 209, cuaderno 1).
- El expediente es recibido físicamente en el Despacho de la señora Contralora el 20 de noviembre de 2020, según constancia que arroja el Sistema de Gestión Documental Mercurio de la Contraloría General de Medellín (Rad. 202000006599)

### III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante **Auto 299 del 10 de noviembre de 2020**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó el **archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 006 de 2015** y como consecuencia de esa declaración, desvinculó la compañía aseguradora vinculada y finalmente, ordenó la remisión del expediente a esta instancia jerárquica con el fin de que se surta el Grado de Consulta.

Para adoptar dicha decisión, el funcionario de la primera instancia, básicamente consideró que en el caso concreto no concurre uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, como lo es la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, y bajo esta premisa, concluye que no se cumple con el requisito contemplado en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, por lo que encontró procedente dictar auto de archivo, con base en la interpretación prevista en el Artículo 30 del Código Civil, armonizándola con los principios de eficacia y economía previstos en el Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.



Los principales argumentos expuestos por el instructor de primer grador, pueden sintetizarse así:

En principio, advirtió que se apartaría del debate sobre la existencia de daño patrimonial por el pago de imprevistos del AIU sin soporte probatorio de la materialización del riesgo, y que este caso concreto, su análisis lo habría de efectuar sobre la inexistencia de gestión fiscal y de culpa grave, para luego precisar que en esta investigación se vinculó como presunto responsable a Fernando Gustavo Villa Villa, quien para la época de los hechos era Profesional B Proyectos y el interventor del contrato objeto de investigación, y que su contribución con el presunto daño correspondería a la autorización del pago de los imprevistos del AIU, conforme a lo acordado por las partes.

Dicho lo anterior, centró su análisis en determinar si el procesado Fernando Gustavo Villa Villa, bajo su calidad de gestor fiscal fue el causante del presunto daño patrimonial investigado, para cual acudió a la “teoría del dominio del hecho”, evaluando si podía disponer de los recursos públicos o decidir sobre el pago de la ejecución del contrato con criterios distintos a los derivados de las cláusulas contractuales.

Advierte entonces, que el investigado, bajo su calidad de interventor no tenía ni la competencia ni la función de revisar ni variar los términos en que se celebró el negocio jurídico, y luego de citar jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza del contrato de interventoría en las actividades de elaboración de presupuesto en un contrato estatal, explicó:

*“Es decir, el señor VILLA VILLA no podía obligar a las partes a identificar, valorar y distribuir los riesgos de los imprevistos pactados bajo el AIU y -mucho menos – podía retener o dejar de pagar una obligación acordada por las partes. Así las cosas, el señor VILLA VILLA no puede ser tenido como gestor fiscal ni causante ni concurrente (v.gr. por conexidad próxima y necesaria) al daño en la medida en que **no tenía el dominio del hecho** pues no estaba en “posición de orientar los factores causales de acuerdo con la dirección final de su voluntad.*

*Es decir, ni aun queriendo reformar el pacto de imprevistos del AIU el señor VILLA VILLA lo hubiera podido hacer ni podía impedir los pagos de las diferentes actas de ejecución so pretexto de un pacto indebido de los imprevistos del AIU. En ese último caso, se estaría extralimitando en sus funciones e incumpliendo los contratos de interventoría a los que estaba sujeto. Por lo tanto, no se puede estimar que el señor VILLA VILLA haya ejercido gestión fiscal causante del presunto daño.”*

Posteriormente, aborda el análisis de la concurrencia del elemento **culpa grave**, para lo cual acude a la definición contenida en el artículo 6º de la Ley 678 de 2001,

y seguidamente realiza un recuento exhaustivo sobre aspectos jurídicos relativos al AIU en los contratos estatales y la reglamentación prevista en el Decreto 2090 de 1989, que para el caso concreto, importa lo señalado a continuación:

*“Se evidencia, entonces, que el Decreto 2090 de 1989, en el primer lugar, si prevé la posibilidad de incluir como costos de las obras los imprevistos y la administración del AIU; en segundo lugar, aplicar este decreto implica la inclusión de los imprevistos y la administración dentro del costo base, lo cual incrementa la utilidad toda vez que los mismos son tenidos en cuenta para ellos; en tercer lugar, el Decreto 2090 de 1989 se limita a establecer que la valoración de la administración y los imprevistos debe hacerse en una proporción del costo real y, finalmente, no incluye una norma en que se sujete el pago o reconocimiento de los imprevistos ni administración a su justificación o prueba.*

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

Descartó que en este caso, el señor Fernando Gustavo Villa Villa hubiese incurrido en una violación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, considerando que dicha disposición no le es aplicable a EPM, al ser ésta una entidad con régimen de contratación especial, a la cual solo le son exigibles a los principios previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, de la función administrativa y la gestión fiscal respectivamente.

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

*“Adicionalmente, cabe señalar que la tesis a favor de entender los imprevistos del AIU como parte del precio – y no sujeto a la prueba de la materialización de los riesgos – estima que la inclusión de este componente tiene como finalidad contratar la administración, gestión y mitigación de los riesgos previsibles de la obra. En esa misma línea, se ha entendido que con la Ley 1150 de 2007 (que suprime la garantía de utilidad y obliga a tipificar, estimar y distribuir los riesgos previsibles) se ha realizado una remodelación normativa del equilibrio económico del contrato. Esto, respondiendo a la afectación que los pasivos contingentes tenían sobre los presupuestos públicos; perjudicando la planeación y ejecución financiera de las entidades públicas.*

*Como consecuencia del nuevo equilibrio económico garantizado en los contratos estatales, los contratistas no pueden alegar la ruptura del equilibrio contractual cuando su utilidad se vea afectada por la materialización de riesgos previsibles, lo cual resulta siendo un beneficio para el erario. Lo cual concuerda con el siguiente aparte del concepto presentado por la Escuela de Ingeniería de la Universidad EAFIT:*

*“Este concepto [el factor “imprevistos” del AIU] cubre los costos que el contratista puede incurrir en el evento de materializarse tales riesgos identificables al momento de la elaboración del presupuesto del que deriva o resulta el valor de la obra y, en esa medida, se trata de una estimación anticipada y única de los riesgos previsibles a cargo del contratista, respecto de los cuales **no podría, posteriormente, reclamar a la entidad contratante**” [Negritas por fuera del texto original]*

*Así las cosas, no podría afirmarse que al adoptar la tesis de que los imprevistos del AIU integran el precio contraría el principio de economía o perjudica – de una manera evidente – al patrimonio público.”*

En el mismo sentido, desechó la posibilidad de que el señor Fernando Gustavo Villa Villa hubiera incursionado en la presunción de culpa grave señaladas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, acotando que esta presunción solo opera cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, a lo cual agregó:

*“Como se explicó ad supra, al aprobar el pago del factor “imprevistos” del AIU el señor VILLA VILLA cumplió su obligación como interventor: corroboró que el contrato de obra se ejecutara de acuerdo con lo convenido entre las partes – entendiendo que se pactó dicho porcentaje como integrante del precio de los contrato no sujeto a justificación o prueba alguna, razón por la cual no se le puede aplicar dicha presunción.”*

Admite que aunque solo hasta el año 2018, a raíz del fallo del Consejo de Estado 18 de julio de 2018, radicado 57576, se abren luces para los operadores jurídicos la relación entre la tipificación, estimación y asignación del riesgo como el pacto, el equilibrio financiero del contrato y pago del porcentaje de “imprevistos” del AIU; señala igualmente que en la actualidad no existe una clara reglamentación de materia que permita configurar la culpa grave de los gestores fiscales en estos casos, tesis bajo la cual concluye:

*“Por lo tanto, para el señor VILLA VILLA no le podía ser evidente que la entidad tuviera que realizar alguna acción de mejora en los pliegos de condiciones ni en las minutas contractuales, pues, como ya se vio, nadie había cuestionado el pacto del factor “imprevisto” del AIU. Tampoco se le podía exigir al señor VILLA abstenerse de realizar el pago del porcentaje de “imprevistos” pues, en primer lugar, para ese entonces no era claro que con el mismo se generase un daño patrimonial y, en segundo lugar, por medio de dicha actuación habría violado el pacta sunt servanda toda vez que el porcentaje de “imprevistos” del AIU se pactó como integrante del precio y, por lo tanto, no sujeto o condicionado a*



*prueba alguna. Finalmente, teniendo en cuenta que la tipificación, estimación y distribución de los riesgos previsible reduce el universo posible de pasivo contingentes, derivados de litigios sobre contratación estatal, no es claro que al haber acogido la tesis según la cual el factor “imprevistos” del AIU es integrante del precio, el señor VILLA VILLA haya actuado en perjuicio del patrimonio público ya que con dicha decisión pudo haber prevenido tanto litigios como condenas pecuniarias en contra de la entidad.”*

Fueron pues los argumentos en precedencia, los esgrimidos por el fallador de la primera instancia, para sustentar que en el caso analizado no concurren la totalidad de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, deviniendo así una ausencia de mérito para proferir auto de imputación, razón por la que ordenó el archivo del proceso y consecuentemente la desvinculación de la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable.

#### IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

##### 4.2. Del grado de consulta – Reseña jurisprudencial.

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<sup>1</sup>.

Respecto al grado de consulta ha expresado la Corte Constitucional:

*“(…) 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>*

<sup>1</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 18.

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

Este mismo tribunal constitucional, al analizar la consulta en materia penal, precisó:

*“Siendo así, 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.”<sup>3</sup>*

En materia de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado, también se ha pronunciado respecto al grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, explicando:

*“El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, **en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal**, el superior de quien profiere **una decisión que consista en el archivo**, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, **la modifique, confirme o revoque**. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. (...) Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.”<sup>4</sup> (Negrita fuera de texto)*

#### 4.3. 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 Dependencia establece como problema jurídico el siguiente:

Determinar si en el **caso concreto**, se encuentran plenamente acreditados los elementos de la responsabilidad fiscal, como presupuesto requerido para que se profiera auto de imputación de responsabilidad fiscal<sup>5</sup>, o si por el contrario, ante la

<sup>3</sup> Sentencia T – 005 de 2013.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

<sup>5</sup> Ley 610 de 2000. Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener: 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad

ausencia de este requisito, procede el auto de archivo<sup>6</sup>, pese a que dicha falencia no está en listada como una de las causales para que opere esta última decisión.

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

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá dentro del **análisis del caso concreto**, necesariamete examinar los siguientes aspectos bajo este orden: **(i)** la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y si la misma abre paso en **grado de certeza** a la concreción del presunto daño patrimonial objeto de investigación; **(ii)** La responsabilidad fiscal del investigado en su calidad de interventor, **iii)** Determinar la calidad de gestor fiscal del procesado, y finalmente **iv)** La verificación de la conducta calificada a título de **dolo** o **culpa grave** desplegada por el presunto responsable fiscal.

#### **4.4. Análisis del caso concreto.**

**4.4.1.** En el caso concreto, la entidad presuntamente afectada es Empresas Públicas de Medellín, circunstancia que en principio amerita que por parte del Despacho se examine la normativa aplicable en materia de contratación a este sujeto de control.

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.

---

afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado. 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas. **3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.**

<sup>6</sup> Ley 610 de 2000. 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.

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

Posición que hoy en día es pacífica, desde la jurisprudencia, cuando en tal aspecto y entre otras sea enseñado<sup>7</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>8</sup>, al indicar:

*“(…) 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”.*

Precisado lo anterior, y teniendo claro que la entidad presuntamente afectada se rige por el derecho privado, necesariamente debemos remitirnos al pliego de condiciones del CT-2013-000240, documento precontractual en el que la parte contratante acudiendo a esa liberalidad contractual, en cuanto a valor de los precios, estipula<sup>9</sup>:

#### **“2.2.2.1. Valor precios**

**Relación mano de obra.** EL PROPONENTE deberá presentar una relación que incluya la mano de obra a emplear en el desarrollo de las obras, donde se indique el valor de los sueldos y jornales en el nivel de profesionales, auxiliares, tecnólogos, maestros de obra, oficiales, ayudantes, obreros, etcétera; y además, el porcentaje correspondiente a las prestaciones

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2015, Radicado 880012331000200101004-01).

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado 41001-23-31-000-03907-01.

<sup>9</sup> (Folio 7, CD - TRASLADO HALLAZGO, ALVARO HALLAZGOS AIUI, CT-2013-000240- FACTURAS).



sociales con que ha recargado el valor de los sueldos y jornales. Esta información de la mano de obra será presentada diligenciando el **Formulario 9** y anexándola con el formulario 9 de anexos a la propuesta.

**Listado de precios unitarios en costos directos.** EL PROPONENTE deberá consignar en el **Formulario 11** los precios unitarios en costos directos para todos los ítems presentados allí, que sean diferentes a los precios unitarios en costos directos definidos por EPM, los cuales deben coincidir con los indicados en el **Formulario 10 de análisis de precios unitarios**.

EL PROPONENTE diligenciará el **Formulario 10** “Análisis de precios unitarios” con los análisis de precios unitarios de los ítems a discutir en la reunión de negociación de precios, donde se observen en forma detallada los costos directos de cada uno de los ítems a negociar, si es del caso. Si EL PROPONENTE no adjunta el **ANÁLISIS DE PRECIOS UNITARIO DE UN ÍTEM**, se entenderá que está de acuerdo con el precio unitario directo presentado por EPM para ese ítem en el **Formulario 11**.

EL PROPONENTE deberá tener en cuenta que las cantidades de obra establecidas en los planos por EPM son estimadas, de uso exclusivo de EPM, teóricas y se establecen para proporcionar una base para la evaluación de la propuesta, por lo que podrán aumentar o disminuir durante el desarrollo del contrato, o su ejecución podrá ser omitida por orden de EPM.

El proponente deberá indicar, en el formulario correspondiente de la propuesta, el precio unitario directo, para todos y cada uno de los ítems presentados. Si se presentaren errores aritméticos en la propuesta, se harán, por parte de EPM, las correcciones del caso, tomando como definitivos y válidos los precios corregidos. Éstos serán la base de los que se consignarán en el contrato que se celebre con el proponente favorecido. Las enmendaduras de precios que aparezcan en la propuesta deberán confirmarse con nota al margen y firma del proponente, tanto en el original como en la copia.

Se advierte expresamente que los precios cotizados por los proponentes, en el **Formulario 11**, deben considerar y contener el pago de trabajos debidamente terminados, de conformidad con las especificaciones, y deberán comprender todos los gastos necesarios en equipos, materiales, herramientas, maquinaria, transporte, mano de obra, prestaciones sociales, dirección y administración, utilidad del proponente, y todos los gastos que puedan afectar el costo directo e indirecto de las mismas.

Los precios unitarios directos cotizados por EL PROPONENTE diferentes a los definidos por EPM en el **Formulario 11** deberán ser consistentes con los insumos requeridos y las especificaciones indicadas en la sección 7 de este Pliego de Condiciones.

Todos los precios unitarios incluirán el impuesto de valor agregado IVA de todos los servicios, arriendos o alquiler de equipos, insumos, tales como equipos de construcción, herramientas, materiales, etcétera que lo requieran; por lo tanto, EPM no reconocerá el impuesto de valor agregado IVA sobre ningún precio unitario.



*Si se encuentran discrepancias, incongruencias u omisiones entre la descripción del ítem y lo indicado en la sección 7 “Especificaciones de construcción”, primará lo indicado en el ítem. **Gastos Generales por Administración, Utilidad, Imprevistos, Impacto, Comunitario y otros.**”*

De manera que, 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>10</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 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 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>11</sup>:

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

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicado 1996-03577, expediente 205246(6).

*“(..) 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 dió genesis al contrato objeto censurado por parte del equipo auditor, entonces bastará 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.

Bajo tales premisas, serias dudas afloran respecto a la materialización del daño patrimonial derivado del pago autorizado por el investigado de los imprevistos del AIU sin mediar soporte, en el entendido de que no hubo la identificación, valoración y distribución de riesgos, como quiera que la forma de pago pactada por las partes así lo permitían, es decir, el pago objeto de reproche fiscal **no proviene de una conducta antieconómica, inoportuna, deficiente, ineficaz, antijurídica, ilegal o contraventora de las estipulaciones precontractuales o contractuales consignadas en el contrato CT 2013-000240, que como ya fue explicado, se rige por reglas del derecho privado.** En efecto, es dable afirmar que en esta oportunidad, el hecho por el que se investiga al señor Fernando Gustavo Villa Villa no es constitutivo del daño patrimonial objeto de investigación.

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

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

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

En igual sentido se indicó:

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

Las anteriores reflexiones, serían suficientes para confirmar el proveído consultado, pues en criterio de esta superioridad jerárquica, el daño al patrimonio de Empresas Públicas de Medellín E. S.P no se estructuró en autos **en grado de certeza**, sin embargo, el Despacho habrá de continuar con el derrotero analítico trazado para dar solución al problema jurídico propuesto, para de esta manera efectuar un estudio integral de la decisión sometida a revisión.

**4.4.2.** Ahora, al presente proceso de responsabilidad fiscal fue vinculado como presunto responsable al señor Fernando Gustavo Villa Villa, quien para la época de los hechos era Profesional B Proyectos y el interventor del contrato objeto de investigación.

Se tiene probado que la gestión del señor Villa en relación con el Contrato CT-2013-000240, se limitó a la etapa de ejecución y, su contribución con el **presunto** daño correspondería a la autorización del pago de los imprevistos del AIU, conforme a lo acordado por las partes, y en virtud de la interventoría administrativa, financiera y técnica de la obra, tal como se demuestra en las actas que el investigado firmó como interventor (Folio 7, CD – TRASLADO HALLAZGO, ALVARO HALLAZGOS AIUI, CT-2013-000240- FACTURAS).

Establecida la calidad en que actuó el investigado, esto es, como interventor del Contrato CT-2013-000240, es importante tener presente que el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, regula expresamente la responsabilidad de esta clase de contratistas, en el siguiente sentido:

**“ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

**Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.**” (Negrita y subrayado del Despacho)

Como puede observarse, la Ley 80 de 1993, presenta en el actual artículo 53, la responsabilidad fiscal de consultores, asesores externos respecto de sus obligaciones contractuales, de sus acciones u omisiones imputables que constituyan concurso, acción, omisión, injerencia, determinación en una gestión fiscal constitutiva de daño patrimonial. Por su parte, los interventores serán responsables si por acción u omisión en el ejercicio de sus responsabilidades causen daño o perjuicio a los recursos públicos, siempre y cuando esos perjuicios procedan del incumplimiento o responsabilidad directa del interventor<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Bulla Romero Jairo Enrique. Nuevo Control Fiscal y Proceso de Responsabilidad Fiscal. Pág. 427.



Y es que en el caso específico de los interventores, para la Corte Constitucional<sup>13</sup> *“resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios”*.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos, pronunciamiento que desarrolla, en principio, el postulado del Artículo 6° de la Ley 610 de 2000 cuando define lo que para tales efectos se denomina gestión fiscal. No obstante, resulta pertinente reiterar que se trata de una regla general, pues no en todos los eventos se puede predicar que el interventor, por el solo hecho de serlo, ejerce gestión fiscal; empero si sus actuaciones se relacionan con la toma de decisiones en el gasto, erogación u otra forma de manejo del erario, adquieren esta connotación, en cuyo caso, bien podría ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal.

De manera que, lo que hace que el interventor pueda llegar a ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal **no es que ostente la calidad de servidor público o de particular que cumple potestades administrativas, sino que ejerza actos propios de gestión fiscal, aspecto éste que a su vez depende de las funciones específicas asignadas, en tanto y en cuanto tenga disponibilidad**

---

<sup>13</sup> Sentencia C – 037 de 2003. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.



**jurídica y material sobre los bienes o recursos públicos**, los cuales constituyen el objeto del contrato principal del que, **el de interventoría es accesorio**.

Descendiendo al caso concreto, y dando aplicación a los preceptos normativos y jurisprudenciales en precedencia, para el Despacho no surge el menor asomo de duda respecto a la **calidad de gestor fiscal** atribuible al procesado Fernando Gustavo Villa Villa, toda vez que como interventor del Contrato CT-2013-000240, tuvo la disposición de dineros para efectuar el pagos de los imprevistos del AIU sin mediar soporte, en el entendido de que no hubo la identificación, valoración y distribución de riesgos. No obstante lo anterior, si bien esta conducta se puede clasificar como constitutiva de gestión fiscal, también lo es que la misma no es **per se** generadora de responsabilidad fiscal, pues para que esta se configure, se requiere entre otros requisitos, que esa gestión fiscal se realice bajo dolo o con **culpa grave**.

**4.4.3.** Bajo esta línea de ideas, resulta propio e inmediato cuestionarse, si a la gestión fiscal que ejecutó el señor Fernando Gustavo Villa Villa en su calidad de interventor le es atribuible la categoría o gradualidad de dolo o **culpa grave**, para lo que esta esta superioridad jerárquica debe partir de una premisa incuestionable para decidir sobre el grado de consulta y es que los supuestos hechos que configuraron el hallazgo fiscal que dio origen a la presente investigación data del año 2013, cuando en realidad no existía una **posición unívoca y uniforme**, en cuanto al tópico de imprevistos, pues incluso, tal como lo indica el instructor de la primera instancia, el máximo órgano en materia de control fiscal a nivel nacional – CGR- para situaciones acaecidas en esa calenda, había proferido decisiones en la misma línea concluyente que indica que sobre contratos o convenios con la cláusula AIU – administración, imprevistos y utilidades, al ser un componente del valor del contrato, no se debe justificar.

El tema en cuestión, ha sido objeto de un constante debate no solo en el campo administrativo, sino además en el escenario judicial, pues obsérvese incluso, que el Consejo de Estado Sección Tercera en sentencia del 29 de mayo de 2003, con ponencia del Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, se ocupó en aclarar que el AIU hace parte de la estructura de los costos de los contratos, por lo que de paso autorizó a las partes libremente acordar los porcentajes de los costos indirectos, sin que medie justificación alguna, sobre los elementos integrantes del AIU:

*“Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. **Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del***

**contrato y que se admite de esa manera como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.**

*El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el álea del contrato.*

**En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - 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 sí 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 ella.**

*Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.” (Negrita y subrayado del Despacho)*

En complemento de lo anterior, se tiene el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República<sup>14</sup>, que data de una calenda anterior a los supuestos hechos que generaron el hallazgo fiscal objeto de averiguación en esta causa fiscal (2013), al considerarse por parte de ese órgano de control y con soporte en la señalada sentencia del Consejo de Estado :

*“(...) en nuestro regimen 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 regimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ellas”.*

<sup>14</sup> Contraloría General de la República. Concepto 2012EE0071253.

Como si no fuera poco lo hasta aquí expuesto, en el mismo sentido también encontramos que en materia de orientaciones sobre políticas de contratación pública, **Colombia Compra Eficiente**, emitió la **Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública**<sup>15</sup> – Versión G-GPCOP-01, documento que al referirse al valor y forma de pago de contratos de esta naturaleza (V.gr. Obra pública), en torno al A.I.U, explicó:

**“ E. Valor y forma de pago de contratos de obra pública**

*Las Entidades Estatales pueden establecer el valor y la forma de pago de los contratos de obra pública a través de los siguientes métodos, que aunque no están contemplados de manera expresa en la Ley 80 de 1993, pueden ser pactados por las partes.*

(...)

*Cuando la forma de pago o remuneración del contrato estatal se pacta por el sistema de precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos, el valor inicial del contrato solo es un estimado o indicativo del costo probable, esto es, un estimado necesario para elaborar el presupuesto, por tanto, el valor real del contrato se establece una vez concluya el contrato, teniendo en cuenta la aplicación del procedimiento escogido por la Entidad Estatal.*

*Las Entidades Estatales pueden incluir en el valor del contrato un porcentaje estimado de administración, imprevistos y utilidad, el cual puede ser una proporción residual de dicho valor del contrato.*

**El porcentaje de imprevistos incluido dentro del AIU es una forma de asignar y tratar un riesgo previsible dentro un Proceso de Contratación, en el cual la Entidad Estatal traslada el Riesgo al contratista por los imprevistos que puedan ocurrir, correspondiendo su valor al costo de la contingencia que la Entidad Estatal le paga al contratista para que éste asuma el riesgo en la ocurrencia de imprevistos. Así las cosas, la Entidad debe pagar el valor correspondiente a los imprevistos aun cuando no existan, pero en caso de haberse generado no podrá pagar un valor mayor al determinado por el contratista en su oferta económica para dicho aspecto.** (Resaltado y subrayado intencional del Despacho)

Así las cosas, resulta imperioso para el Despacho concluir que en el caso de marras, no podría endilgársele una culpa grave y menos aún un dolo al presunto responsable fiscal, puesto que en primer lugar su responsabilidad estaba sujeta a las obligaciones que a este le correspondían conforme con el contrato de interventoría, entre ellas, proceder conforme lo indicado en los documentos precontractuales estructuradores del contrato CT 2013-000240, y en segundo lugar, por cuanto para la época de los hechos, tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia emanada del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo compartían posiciones

<sup>15</sup> [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_obra\\_publica.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_publica.pdf). / Pág 9 – 10.

orientadas a que el factor “imprevistos” del AIU hacía parte del precio del contrato, y por tanto para su reconocimiento al contratista, no requerían su demostración, comprobación o justificación. Es más, considera el Despacho, tal como lo advierte el a quo, es probable que si el señor Fernando Gustavo Villa Villa como interventor del señalado contrato hubiera truncado o retenido los pagos objeto de reproche fiscal, la entidad contratante habría estado expuesta a condenas económicas derivadas de litigios o demandas contenciosas en su contra, situación que en ese evento sí daría lugar a un daño patrimonial ante la inobservancia de los pliegos de condiciones y en las minutas contractuales.

**4.4.4.** De cara al problema jurídico planteado, en virtud de la motivación en precedencia, y habida cuenta que en el caso analizado no está probado en grado de certeza el presunto daño patrimonial que se investiga, así como también esta desvirtuada una culpa grave endilgable al implicado, mal haría este Despacho en proseguir con las presentes diligencias, toda vez que por un lado, se encuentra demostrado que el supuesto fáctico que dio génesis a la presente causa fiscal no es constitutivo del presunto daño patrimonial investigado, y adicionalmente, tal como **atinada y acertada** lo asevera el a quo, el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, requiere para proferir Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no es procedente tal actuación. Requisitos que deben encontrarse objetivamente demostrados en el proceso. Uno de ellos es que se encuentren acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, entre ellos se encuentra **“Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.”**, y ante la ausencia de este presupuesto, no es procedente dictar Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.

## V. LA DECISIÓN.

Por todo lo expresado, esta superioridad jerárquica **confirmará íntegramente** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 299 del 10 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 006 de 2015; pues a juicio del Despacho, no sólo operó una de las causales una de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000<sup>16</sup>, sino que además no se encuentra acreditado el tercero de los requisitos señalados en el artículo 48 de la misma codificación, presupuesto sin el cual no viable proferir Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.

<sup>16</sup> El hecho no es constitutivo de daño patrimonial.

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

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 299 del 10 de noviembre de 2020**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 006 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente auto.

**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: Jorge Ospina - Profesional Universitario 2.