

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°017 DE 2020

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 029 DE 2016

Medellín, nueve (09) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Providencia consultada	Auto N° 287 del 3 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 029 de 2016.
Entidad afectada	SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA FISICA DEL MUNICIPIO DE MEDELLIN
Presuntos responsables	ROGELIO DE JESÚS SOSA BARRERA, identificado con cédula 8.391.298, en calidad de Representante Legal del Consorcio Interventores Intering, con NIT: 900.812.636-3. JOSÉ ENRIQUE DÁVILA LOZANO, identificado con cédula 19.171.798, en calidad de Representante Legal del Consorcio Desarrollo Integral Medellín DIM, con NIT 900.688.024-4
Garante	Sin identificar en el Auto de apertura.
Hechos investigados	En el contrato 4600058436 de 2015, el equipo auditor detectó sobrecostos generados por un cambio en el sistema de conexión de la losa de supresión y las pantallas, que no funcionan estructuralmente, siendo preciso retomar el sistema de conexión inicial.
Cuantía	Mil quinientos veinte millones setecientos setenta mil ochenta y nueve pesos con setenta centavos \$1.520.770.089.70
Decisión	CONFIRMA LA DECISION CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en 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° 287 del 3 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 029 de 2016.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS INVESTIGADOS

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo fiscal resultante de la Auditoría Especial realizada al proyecto constructivo Parques del río Etapa 1.1. de la Secretaría de Infraestructura Física del Municipio de Medellín, según memorando Nro. 201600000460 del 8 de enero de 2016, de la siguiente forma:

"Hallazgo 20: Sistema de anclaje losa supresión – pantallas Contrato 4600058436 de 2015. La intervenoría y el diseñador aprobaron el cambio en el sistema de conexión de la losa de supresión y las pantallas, reemplazando los anclajes por platinas metálicas embebidas en el concreto de la pantalla. (ver oficio del consorcio desarrollo integral Medellín radicado 1013-04-612 del 26 de junio de 2015 (primer párrafo) y acta de comité de obra 25 del 7 de julio de 2015 (viñeta 1 parágrafo 10 del numeral 4 del punto de varios)). De acuerdo con la revisión efectuada al sistema de conexión propuesto y aprobado al contratista, la SIF en visita técnica efectuada el 23 de octubre de 2015, informó al grupo auditor, que el diseñador encontró que el anclaje de la losa de subpresión a la pantalla mediante las platinas no se comportaba de manera articulada para asegurar el trabajo de la losa como si estuviese simplemente apoyada y tampoco quedaba empotrado, sin garantizar la absorción de momentos y permitir la transmisión de los esfuerzos axiales y de cortante que solicitaba la unión pantalla – losa de subpresión, decidiendo retomar el sistema de conexión inicial introduciendo cambios en el diseño del cubo o cuña de hormigón del anclaje, la longitud de anclaje del refuerzo y el espaciamiento de los anclajes. (Detalles de planos valido para construir anexa escrito INTMED-GC0312-234 de mayo 28 de 2015 y las respuestas a observaciones presentadas por el comité de diseño del 25 de junio de 2015, numerales 6 y 7 comunicado por el Consorcio Desarrollo Integral Medellín comunicado 1013-04-638 del 29 de julio de 2015) modificación que significaba la ineffectividad estructural de las platinas instaladas por el constructor. Así las cosas, el acero de refuerzo desperdiciado en las platinas instaladas. Según Acta de fijación de precios no previsto Nro. 2 del 24 de octubre de 2015 y comunicación de intervenoría Parmed. 211-0588-15 entregada al contratista el 23 de octubre de 2015. Documentos en los que se pactaron los precios nuevos de los ítems de obra no contemplados en el contrato de obra

4600058436 de 2015, obras extras OE-0025.1, OE-0025.2, OE-0025.3 y OE-0025.4 correspondientes al suministro de piezas en acero de las pantallas en primera fase (85.473.50 kg a \$1.7507/kg) y picado de la superficie de hormigón para la búsqueda de la pieza metálica, limpieza de su superficie mediante pulidora y la soldadura del elemento de anclaje a losa de subpresión in situ (16.722.65 kg a \$7.506/kg). Asciende un daño patrimonial de \$1.520.770.089,70 incluido el factor AU de 24.70%.

En resumen, se configura por sobrecostos generados por un cambio en el sistema de conexión de la losa de supresión y las pantallas, que no funcionan estructuralmente, siendo preciso retomar el sistema de conexión inicial (contrato 4600058436 de 2015) el daño se cuantificó en \$ 1.520.770.089.70"

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Mediante Auto de Apertura 168 del 25 de mayo de 2017, se determinó como presuntos responsables a los siguientes sujetos procesales:

Nombre: Rogelio de Jesús Sosa Barrera.
Cédula: 8.391.298
Cargo: Representante Legal del Consorcio Interventores InterIngenieros (Contratista interventoría del Contrato de Obra)
NIT: 900.812.636-3

Nombre: José Enrique Dávila Lozano
Cédula: 19.171.798
Cargo: Representante Legal Consorcio Desarrollo Integral Medellín DIM (Contratista de diseños del Contrato de Obra).
NIT: 900.688.024-4

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó al Municipio de Medellín; Secretaría de Infraestructura Física Nit. 890905 211-1.

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado al Municipio de Medellín se determinó la suma de Mil quinientos Veinte Millones setecientos setenta mil ochenta y nueve pesos con setenta centavos (\$1.520.770.089,70).

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

No se había identificado al momento de proferir Auto de Apertura.

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por medio Auto 103 del 2 de marzo de 2016 se inició Indagación Preliminar dentro del presente radicado y se decretaron las siguientes pruebas con el fin de esclarecer la ocurrencia del hecho: (ver folios 8-9, cuaderno 1)

Solicitar llamar a declaración juramentada a los señores Rogelio Sosa Barrera y Enrique Dávila Lozano.

Por medio Auto 168 del 25 de mayo de 2017 se realizó la apertura formal del Proceso de Responsabilidad Fiscal y se decretaron las siguientes pruebas con el fin de corroborar la concurrencia de los elementos de responsabilidad fiscal en el caso bajo estudio: (ver folios 25 a 29, cuaderno 1)

Solicitar a la entidad información sobre salario devengado, manual de funciones, datos de la última dirección.

Solicita póliza que ampara a los funcionarios públicos.

Solicitar a la secretaría de SIF información sobre la identidad personal, ultima dirección registrada y la relación de bienes.

Por medio del Auto 194 del 29 de junio de 2017, se reconoció personería para actuar, como apoderada contractual del Señor Rogelio Sosa a la Abogada Cielo Elejalde, asimismo, a través del auto 200 del 10 de julio de 2017, se reconoce personería para actuar al abogado Alexis Álvarez Mejía, en calidad de apoderado del Señor Enrique Dávila. (ver folios 44, 45 cuaderno 1).

Mediante Auto 420 del 2 de junio de 2019, se recoció personería para actuar al abogado Esteban Posada Jaramillo, en representación del Señor Rogelio Sosa en calidad del Consorcio Interventores Interin. (ver folios 388, cuaderno 2).

II. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto Nº 287 del 3 de noviembre de 2020, ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal , cuyo argumento fue a partir del contenido normativo contenido en el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, precepto que autoriza al operador a emitir una decisión administrativa de tal naturaleza en los siguientes términos: “**cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acremente 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**”. **Negrillas y subrayas propias.**

Sostiene el a-quo, que en el caso que nos ocupa no existen elementos probatorios que den cuenta de la existencia del daño patrimonial, pues solo a partir de la certeza de este, 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.

En orden de lo anterior, el aquo sintetiza la decisión de instancia consultada bajo el entendido factico de la ausencia de daño patrimonial, no podrá consecuencialmente considerarse la continuación del trámite de este proceso resarcitorio y por tanto se hizo obligatorio ante la ausencia de este elemnto de responsabilidad emitir la decisión que hoy es objeto de consulta.

Con relación a los argumentos esta instancia procede a traer en lo pertinente, lo acotado por el a-quo en la providencia consultada, el cual se transcribe, sin que con ello se altere su fundamentación en los siguientes términos:

“Luego de hacer un análisis con los medios de prueba legalmente decretados, recaudados y practicados, puntualmente en la prueba documental Acta de fijación de precios No.6 del 25 de noviembre de 2015 y acta de obra N°8, se deduce el hecho no existió y no es constitutivo de detrimento patrimonial, toda vez que para que exista el elemento del daño patrimonial, la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia SU 620 de 1996, lo siguiente:

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.

Entonces, entendiendo que el hecho esbozado en el proceso auditor no se acreditó como una situación que reunía los elementos de la responsabilidad fiscal, por tal razón, se determinará que este expediente se archivará con base o cimiento de la causal de archivo corresponde a que se probó que el hecho no existió y que no es constitutivo de detrimento patrimonial establecida en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que dispuso:

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. “

Las anteriores razones fueron las que fundamentalmente expreso el a quo para decretar el archivo del presente averiguatorio, al no estructurarse probatoriamente el primer elemento de responsabilidad patrimonial, cual es el daño patrimonial “.

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, siendo entonces nítido para esta Agencia Fiscal, que la causal que habilita la competencia para conocer este grado de consulta, es la concerniente a una decisión de archivo.

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.”¹.

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

¹ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesionla la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado..." (rft).

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

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

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la Primera Instancia, 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.

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

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal. El daño fiscal, está previsto en el Artículo 6 de la Ley 610 de 2000, modificado por el Decreto Ley 403 de 2020 en los siguientes términos:

Artículo 6 modificado por el **artículo 126** del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado,

Dicho daño podrá ocaſionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo". Resaltas nuestras

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 Agencia Fiscal establece como problema jurídico, el verificar la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal estudiados en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto Legislativo 403 de 2020.

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar lo siguiente: (i) la posición jurisprudencial en torno al tema de Sobrecostos; (ii) la existencia del daño patrimonial como primer elemento de responsabilidad fiscal y (iii) verificar la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales para establecer la existencia o no de daño patrimonial en su actuar.

Por lo tanto, se procederá a discernir los ejes temáticos propuestos en el párrafo que antecede:

(i) la posición jurisprudencial en torno al tema de Sobrecostos

Se torna de obligada aceptación afirmar que en la legislación colombiana, no existe una definición legal del término sobrecosto, pues ha sido la doctrina la que se ha ocupado de este fenómeno, definiéndolo como la diferencia que existe entre los precios promedio del mercado y los precios de las propuestas recibidas y/o precios contratados por el Estado y/o precios ejecutados por el contratista, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se originó dicha diferencia.

Igualmente, este puede ser definido como un costo inesperado que se incurre por sobre una cantidad presupuestada debido a una subestimación del costo real durante el proceso de cálculo del presupuesto.

La Jurisdicción de lo contencioso administrativo ha tratado el tema de sobrecostos desde dos figuras aquella relación con el quebrantamiento del equilibrio contractual y la denominada violación a la moralidad administrativa, siendo esta ultima la que reporta interes para el proceso de responsabilidad fiscal, en tanto legitima el restablecimiento al patrimonio publico violado , veamos el pronunciamiento del 9 de febrero de 2001, expediente AP-054, CP. Delio Gómez Leyva, en esta oportunidad la Corporación consideró que los sobrecostos en que se incurre en la contratación estatal implica un acto de inmoralidad administrativa, asociado con el impecable manejo de los bienes y dineros del Estado.

Luego, en la sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 2003-01195, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Corporación, con ocasión de una acción popular por presunta vulneración del derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, consideró que la expresión sobrecostos, en materia contractual, debía entenderse así:

"mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal", y que para efectos de la Ley 472 de 1998, tenía relación "con el valor del contrato celebrado, teniendo en cuenta los precios reales del mercado, que en cumplimiento del deber legal impuesto, han debido ser analizados y estudiados por la Administración de manera previa a la iniciación del proceso de selección y contratación".

En relación con el concepto de “sobrecostos” resulta ilustrativo el siguiente precedente jurisprudencial consignado en la sentencia de 10 de marzo de 2005, de cara a la protección a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público[4] en el cual se indicó:

"[...] Al reconocer el legislador que el fenómeno de los sobrecostos en la contratación estatal puede constituir un atentado contra los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público, no hace otra cosa que dar aplicación efectiva no sólo al principio constitucional de moralidad, sino también a los de eficacia y economía que rigen la función administrativa, (art. 209), de acuerdo con los cuales las autoridades administrativas deben lograr los fines para los cuales fueron creadas las entidades a las cuales sirven -y que directa o indirectamente tienden a la satisfacción de un interés general-, y deben hacerlo empleando para ello el mínimo de gastos y esfuerzos, es decir, maximizando sus recursos y sacando el mejor provecho de ellos.

Es así como, por ejemplo, en materia de contratación estatal, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, establece que los servidores públicos tendrán en cuenta que con la celebración y ejecución de los contratos estatales deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

Adicional a lo anterior es oportuno traer a este escenario procesal el principio de selección objetiva que implica escoger al proponente que ofrezca las condiciones más convenientes para la Administración, o sea, la oferta más favorable a la entidad y ello implica hacer unos responsables y juiciosos de estudios del sector.

De lo anteriormente indicado puede concluirse que si se llegare a celebrar un negocio jurídico con desconocimiento de esos análisis que debe efectuar la Administración antes de adjudicarlo, haciendo caso omiso de los precios y condiciones del mercado, y se pacta en él un valor que vulnere estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras, su consecuencia será la violación al principio de selección objetiva y al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Así pues que el análisis juicioso del sector nos lleva indefectiblemente a que la entidad pública contratante tenga presente que el precio de las ofertas no puede ser el único criterio de evaluación y calificación de las mismas, puesto que existen otros factores que también resultan importantes para la Administración.

A manera de conclusión podríamos definir en que consiste el término de “sobrecosto” en los procesos de contratación y son mayores gastos e inversiones que tuvo que soportar el contratista en la ejecución del objeto contratado, que no fueron previstos ni reconocidos por la entidad estatal.

(ii) la existencia del daño patrimonial como primer elemento de responsabilidad fiscal

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 prescrito 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 concurran estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado”(Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01).

En igual sentido 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 1º de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (Lo resaltado es del Despacho).

Es por todo lo anterior que la decisión de archivo tomada exige la existencia de CERTIDUMBRE respecto a la no existencia de daño al fisco.

Resulta así, de medular importancia jurídica señalar que para la prosperidad de la acción de responsabilidad fiscal, el aporte de las pruebas que demuestren la existencia del daño patrimonial comportan el elemento mas importante en esta decisión, pues es una carga que la debe soportar el Ente de Control Fiscal, en tanto

que esta acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto respecto del cual se ha disminuido su patrimonio, y en el caso que nos ocupa está probado que efectivamente no existió un mayor valor que hubiera tenido que asumir la entidad pública, lo que conduce a evidenciar que no existió un daño patrimonial.

Las anteriores reflexiones, serían suficientes para confirmar el auto consultado, pues en criterio de esta superioridad funcional, la decisión se estructuró en términos de certeza respecto a la no existencia del daño patrimonial.

(iii) Verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales para establecer la existencia o no de daño patrimonial en su actuar.

Descendiendo al caso concreto, para esta Agencia Fiscal resulta de suma importancia tener presente todo el caudal probatorio que acertadamente analizó el Aquo para emitir la decisión que es objeto de consulta, la cual nos permite avanzar en el camino de la certeza sobre la inexistencia de daño patrimonial, toda vez que: no cabe duda de su inexistencia pues además de que en ninguno de los documentos analizados se cumple la premisa necesaria para considerar la figura de los sobrecostos en tanto que no existe prueba o argumento contable, financiero ni de mercado que corrobore que existió tal valor desmedido en relación a los precios pagado por el contratista, como tampoco se demostró de manera efectiva el daño al patrimonio público como elemento estructural de la responsabilidad fiscal, si se tiene en cuenta que por el contrario lo que se probó fue la ausencia de este primer elemento de responsabilidad..

En definitiva para esta Agencia fiscal es clara en determinar que no se trató en el caso que nos ocupa de la figura del sobrecosto y mucho menos existió daño patrimonial dadas la evidencias arrimadas al averiguatorio fiscal, nótese que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal tuvo en cuenta las pruebas para concluir de manera responsable que no existió daño patrimonial, veamos su análisis y valoración que también retoma esta instancia para decidir en igual sentido al aquo:.

“En cuanto a la modificación del diseño se apreció que:

El 22 de mayo de 2015 mediante comunicado INT-MED-PPR-GCO312-198 el contratista de la obra radicó en la oficina de la interventoría, la propuesta de modificación sistema de anclaje muro pantalla- contra bóveda. La propuesta consistía en dejar embebidas en las pantallas del soterrado una serie de platinas metálicas en reemplazo de los anclajes epoxídicos del diseño original, con el propósito de aligerar el proceso constructivo del sistema de conexión entre losas de

supresión y pantallas. En esa misma fecha, mediante comunicado Parmed 211-0135-15, el contratista de intervención Intering envió al Municipio de Medellín a la Secretaría de Infraestructura Física, la propuesta del contratista de obra, para que a su vez esta trasladará al contratista diseñador DIM, quien revisaba técnicamente la viabilidad de la propuesta de cambio a los diseños.

El 25 de mayo de 2015 mediante comunicado Parmed 211-0135-15 la intervención de obra radicó en la Secretaría de Infraestructura Física, la propuesta del constructor con la finalidad que fuera estudiado por el diseñador, para revisar técnicamente la viabilidad de la propuesta de modificación. Anexo 2 del oficio 201730181993 del 4 de agosto de 2017

El 26 de mayo 2015 por medio de comunicado Parmed 211-0143-15 el contratista de intervención Intering envió respuesta del comunicado del 22 de mayo de 2015 INT-MED-PPR-GCO312-198 dirigido al contratista de obra (LP-20 de 2014), indicando que la propuesta debe ser aprobada por el diseñador y también indago sobre las retribuciones que recibiría el municipio como las ventajas de tiempo aspiraciones económicas en el cambio del diseño. Además, señalo que la LP-20 de 2014 en el numeral 9.1.11 cambios de la obra en los pliegos de condiciones, se refiere lo siguiente: "los cambios de la obra se harán mediante actas suscritas por el ordenador del gasto y el contratista, con el visto bueno del interventor, siempre y cuando no implique modificación del objeto y el plazo del contrato".

El 28 de mayo de 2015 comunicado INT-MED-PPR-GCO312-234, el contratista de obra remite respuesta al comunicado Parmed 211-0143-15 del 26 de mayo de 2015 del contratista de intervención de obra. Insiste en la necesidad urgente de aprobar el diseño propuesto para poder reducir el cronograma de obra en 75 días.

El 26 de junio de 2015 comunicado 1013-04-612, el contratista diseñador escribe al director técnico del proyecto parque del río de la empresa EDU, informando que el diseñador no acepta la eliminación del bloque de anclaje de la losa de subpresión y que ve con preocupación la afirmación del contratista de obra en el comité de obra del 25 de junio de 2015, ya que en los archivos del contratista diseñador no se tiene aceptada la eliminación del bloque de anclaje de la losa de subpresión.

El 7 de julio de 2015, se adelantó acta 25 de comité de obra y en el punto 4 de varios se evidencia que el constructor informa que las placas de conexión entre losa de subpresión y la pantalla el APU no está acordado. La intervención dice que se le han presentado los costos, sin llegar a acuerdo y señala que desde el 18 de agosto de 2015 se encuentra pendiente el cumplimiento del procedimiento constructivo detallado del soterrado ya aprobado.

En las actas del comité de diseño del 2, 23 y 30 de julio de 2015; acta de comité de diseño del 6 de agosto del mismo año no se aprobó la propuesta del contratista de obra.

El 20 de agosto de 2015 mediante acta, el contratista afirma que está preparando una propuesta de cambio de losas de subpresión y del anclaje y que el 24 de agosto presenta la propuesta. Acta 8.

El 27 de agosto de 2015 mediante comunicado 1013-04-675 no se aprobó la propuesta del contratista, la cual proponía remplazar la losa de subpresión en forma de arco por una loza maciza en forma trapezoidal, con un espesor en los extremos de 0.70 m y en el centro de 1.80m y una conexión directa a las pantallas sin incluir un dado de transferencia. Igualmente, el contratista de obra presenta propuesta de ajuste al dado de conexión con las pantallas utilizando platina, la cual al revisarse se encontró que era insuficiente y se debía adicionar un refuerzo para soportar la solicitud total de cortante, pues la sola platina dejada por el contratista era insuficiente.

El 14 de octubre de 2015 mediante comunicado 1013-04-754 el diseñador propuso adicionar a la propuesta del contratista.

El 9 de septiembre de 2015 mediante comunicado 1013-04-694, el contratista diseñador DIM remite planos de construcción Rev. 0 septiembre 2015, al contratante, después de muchas discusiones técnica con el contratista de obra, con base en el diseño original y la propuesta del constructor, llevaron a una opción de diseño para el sistema de conexión entre la losa supresión y pantalla, básicamente es la implantación de platinas metálicas reemplazando los anclajes epoxídicos.

El 14 de octubre de 2015 mediante comunicado 1013-04-754, el diseñador DIM ratifica el diseño de anclaje de losa de subpresión a pantalla mediante el uso de platina, dando una explicación adicional relacionada con los cálculos estructurales en que se soporta la modificación.

El 18 de diciembre de 2015 mediante comunicado 1013-04-836 el contratista diseñador DIM le escribe a la Secretaría Infraestructura Física, donde le explica técnicamente y anexa los cálculos estructurales del diseño alterno con platina para construcción del sistema de conexión entre losa de subpresión y pantalla, sin incrementar costos y con beneficios para la movilidad de la ciudad. Además, el diseñador comunica a la Secretaría de Infraestructura Física, señalando que no hay desperdicio de acero de refuerzo, porque los aceros fueron utilizados conforme al diseño alternado aprobado por el diseñador, lo cual se identifica en el diseño original y los cambios introducidos (ver anexos 11 y 12 de la versión libre, cuaderno 1).

Frente al costo de las modificaciones del diseño, punto fundamental para análisis de daño fiscal, se considera:

El 22 de octubre de 2015 mediante memorando Parmed 211-0585-15 el contratista interventor de obra entrega al contratista de obra el acta Secretaría de Infraestructura Física (SIF) a la fijación de precios No. 2 del 24 de octubre de 2015 y los APU de obras extras OE-0025.1; OE-0025.3; OE-0025.4, aclarando el versionado que la referencia a los APU aludidos, no son los APU de precios nuevos del contrato de obra 4600058436, toda vez que desde el 18 de agosto de 2015 se encontraba pendiente el cumplimiento del procedimiento constructivo detallado del soterrado ya aprobado, por el contratista, pero la misma no ha sido aprobada por el interventor, toda vez que a la fecha están pendientes de definición algunos elementos y parámetros constructivos por parte del diseñador del proyecto.

El contratista y la interventoría de obra se estaba discutiendo el acta de fijación de precios No.2 y que esta durante el proceso de discusión tuvo cambios sustanciales antes de la versión que finalmente fue aprobada, mediante Acta de fijación de precios No.6 del 25 de noviembre de 2015.

El precio definitivo para el pago de los anclajes mediante el sistema de la platina metálica, se pactó en la Secretaría de Infraestructura Física y el contratista de obra, con visto bueno de la interventoría con el APU de obras extras OE-025 A, por un valor \$163.961.850 y en el acta de obra N°8 se registró el pago asociado al sistema de conexión entre la pantalla y la losa de subpresión.

Según comunicado 201710181934 del 12 de julio de 2017 por parte de la Secretaría Infraestructura Física, dispuso que el formulario Nro. 3 presupuesto oficial según adenda 2, el costo de la construcción para el sistema de anclaje muro pantalla-contra bóveda, de acuerdo al diseño inicial actualizado y las cantidades propias de esta actividad, descritas en los ítems 26P, 601.1 y 37P era de \$1.794.319.492. (oficio 201730181993 del 4 de agosto de 2017 municipio de Medellín)

El costo final de construcción con la segunda alternativa de diseño de acuerdo con el APU de obra extra OE-25A pactado en el acta de fijación de precios No. 6 fue de \$1.783.731.890, lo que indica que hubo una variación de \$ 10.587.602 a favor del municipio, tal como consta en el acta mensual de cobro 8. (oficio 201730181993 del 4 de agosto de 2017 municipio de Medellín).

Luego de hacer un análisis con los medios de prueba legalmente decretados, recaudados y practicados, puntualmente en la prueba documental Acta de fijación de

precios No.6 del 25 de noviembre de 2015 y acta de obra N°8, se deduce el hecho no existió y no es constitutivo de detrimento patrimonial”

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°287 del 3 de noviembre de 2020**, que ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 029 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/aprobó: María I. Morales S. Jefe O. A. Jurídica
Proyectó: Beatriz E. Colorado.