

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°015 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°042 DE 2014

Medellín, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto N° 196 del 28 de abril de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del proceso con Radicado 042 de 2014.
Entidad afectada:	Empresa Aguas del Oriente Antioqueño (Empresas Públicas de Medellín, con Nit. 890.904.996-1).
Presuntos responsables:	<ul style="list-style-type: none"> - OSCAR DARIÓ GÓMEZ BERNAL C.C. 70.109.370; en calidad de Representante Legal de la Empresa AGUAS DE ORIENTE ANTIOQUEÑO. - DIEGO CATAÑO MURIEL C.C. 98.498.249. - LUIS ANÍBAL ESPINAL RAMÍREZ C.C. 71.875.863. - JUAN GUILLERMO GÓMEZ SEPÚLVEDA C.C. 71.732.857. - FRANCISCO LUIS OROZCO ZULUAGA C.C. 71.113.037
Hecho investigado:	Pago de imprevistos sin soportes dentro de los contratos 105-2013; 107-2013 y 108-2013.
Cuantía:	Noventa y cuatro millones seiscientos quince mil setecientos ochenta y cinco pesos con dieciocho centavos (\$94.615.785.18).
Garante vinculado:	ROYAL & SUN ALLIANCA SEGUROS (COLOMBIA) S.A. , con Nit 860.002.505-7, hoy Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A. , con NIT 860.002.505-7, en virtud de la póliza 20057, de Directores y Administradores.
Procedimiento:	Ordinario
Decisión Despacho Contralora:	CONFIRMA Y ADICIONA AUTO CONSULTADO. 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, los Acuerdos Municipales 086 y 087 de 2018; la Resolución 150 de 2021 expedida 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° 196 del 28 de**

abril de 2021, por medio del cual se ordenó el **ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 042 de 2014**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fundamentos fácticos.

La presente investigación, tiene su génesis en el memorando 047720-2014000096333 del 2 de septiembre 2012, en el que la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal E.P.M. Filiales Aguas (CAAFF EEPPM Filiales Aguas) trasladó ante la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva los hallazgos administrativos con presunta incidencia fiscal número 2 y 4, contenidos en el Informe Definitivo de la Auditoría Especial que dicha Auditoría realizó a la Contratación de la empresa AGUAS DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO S.A. E.S.P. vigencia 2013, en los cuales a voces del Equipo Auditor se presentaron algunas irregularidades en los contratos 105-2013, 107-2013 y 108-2013, al reconocimiento y pago de imprevistos sin soportes y/o evidencias que los acrediten¹.

Estos hallazgos, fueron descritos por el Equipo Auditor de la siguiente manera:

“Hallazgo 2: (corresponde a la observación 2, 3 y 4 del informe preliminar), desde el punto de vista fiscal, en el contrato 108 cuyo objeto es la construcción de obras civiles para la protección y optimización de la línea que conduce agua cruda a la planta de potabilización del Municipio del Retiro, realizado con Diseño Construcción y Medio Ambiente DCM S.A.S., se observó que se pagó por imprevistos la suma de \$1.863.321.48 y en el contrato 107 cuyo objeto es la construcción, reposición y referenciación de redes de alcantarillado y demás obras complementarias en el Municipio el Retiro realizado con la firma SANEAR S.A. se pagó por imprevistos la suma de \$1.665.453.32 y el contrato 105 cuyo objeto es la construcción de lechos de secado y demás obras complementarias para su buen funcionamiento en la planta de potabilización del Municipio del Retiro, realizado con Diseño Construcción y Medio Ambiente DMC S.A.S se pagó por concepto de imprevistos \$3.943.075.38, sin encontrarse evidencias y/o soportes correspondientes, de que efectivamente estos se materializaron, lo cual vulnera el principio de la Gestión fiscal de eficiencia, al encontrarse que la asignación de los recursos no fue la más conveniente, para maximizar los resultados. En consecuencia, la observación para hacer un presunto hallazgo fiscal por la suma de **\$7.471.850.18, por concepto de imprevistos, los cuales no se demostraron que fueron extraños, imprevisibles y anormales al contrato, requisitos indispensables para aplicar la teoría de la imprevisión”. (Negrita fuera de texto)**

En el siguiente cuadro aparecen relacionados los contratos y los valores de imprevistos que se pagó en cada uno de ellos:

¹ Pág. 14 y 17 del Informe Definitivo, CD del folio 9, cuaderno 1

DE CONTRATO	CONTRATISTA	IMPREVISTOS
105-2013	D.C.M Diseño Construcción y Medio Ambiente S.A.S.	\$3.943.075.38
107-2013	SANEAR S.A.	\$1.665.453.32
108-2013	D.C.M. Diseño Construcción y medio ambiente S.A.S.	\$1.863.321.48
Total pagado Imprevistos		\$7.471.850.18

“Hallazgo 4: (corresponde a la observación 6 del informe preliminar), En el contrato 105 cuyo objeto es la construcción de lechos de secado y demás obras complementarias para su buen funcionamiento en la Planta de Potabilización del Municipio del Retiro, se evidenció que el valor inicial del contrato fue \$207.556.056 al cual se le han realizado prorrogas y adiciones por valor de \$87.143.933, las cuales fueron justificadas en la necesidad de modificar los diseños iniciales, resultantes del contrato 063, sin generar incremento del producto a entregar. Esta situación genera incumplimiento al principio de eficiencia. Lo cual se tipifica como presunto hallazgo fiscal por valor de \$87.143.933”.

2.2. Los presuntos responsables fiscales.

En el Auto de Apertura y el que lo adicionó, como presuntos responsables se señalaron (Folios 46 y 333), a los señores **OSCAR DARÍO GÓMEZ BERNAL**, identificado con cédula 70.109.370; en calidad de Representante Legal de la Empresa **AGUAS DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO**, **DIEGO CATAÑO MURIEL**, identificado con cédula de 98.498.249, **LUIS ANÍBAL ESPINAL RAMÍREZ**, identificado con cédula 71.875.863, **JUAN GUILLERMO GÓMEZ SEPÚLVEDA**, identificado con cédula 71.732.857, y **FRANCISCO LUIS OROZCO ZULUAGA**, identificado con la cédula 71.113.037.

2.3. La entidad estatal presuntamente afectada.

Como entidad afectada se identificó a la **Empresa Aguas del Oriente Antioqueño** (Empresas Públicas de Medellín, con Nit. 890.904.996-1).

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

El presunto daño patrimonial fue tasado total en la suma global de **NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$94.615.785.18)**, cuantía que comprende los siguientes conceptos:

a) Siete millones cuatrocientos setenta y un mil ochocientos cincuenta pesos con dieciocho centavos (\$7.471.850.18), por concepto de imprevistos que se pagó sin soportes en los contratos 105, 107 y 108, y

b) Ochenta y siete millones ciento cuarenta y tres mil novecientos treinta y tres pesos (\$87.143.933) por concepto de la adición que se realizó al contrato 105 de 2013.

2.5. Compañía garante vinculada.

En calidad de tercero civilmente responsable se vinculó a la Compañía de Seguros ROYAL & SUN ALLIANZA SEGUROS (COLOMBIA) S.A., con Nit 860.002.505-7, **hoy Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A., con NIT 860.002.505-7**, en virtud de la póliza 20057, de Directores y Administradores (Folios 334 - 335).

2.6. Actuación procesal relevante surtida en primera instancia.

- A través del Auto 651 del 16 de diciembre de 2014 se ordenó realizar la Indagación Preliminar dentro del Radicado 042 de 2014 (Folios 10 al 11 del cuaderno 1).
- En el Auto 134 del 18 de marzo de 2016, se dictó Auto de Apertura dentro del proceso con Radicado 042 de 2014 (Folio 45 al 46, cuaderno 1).
- Mediante Auto 184 del 19 de abril de 2018, ADICIONÓ el Auto de Apertura del proceso con Radicado 042 de 2014 (Folios 310 – 334, cuaderno 2).
- A través del Auto 521 del 30 de agosto de 2018 se decretó pruebas dentro del Radicado 042 de 2014 (folios 654 al 655, cuaderno 4).
- Mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se ordena acatar la decisión adoptada por la Contralora General de Medellín, suspendiéndose los términos en los procesos de responsabilidad fiscal que se tramitan en la Contraloría General de Medellín (Folios 726 a 727, cuaderno 4).
- Por Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se ordena el levantamiento de la suspensión de términos decretada mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020 (Folios 745 a 746, cuaderno 4).
- Mediante Auto 196 del 28 de abril de 2021, se ordena el archivo del proceso y en consecuencia la remisión del expediente al Despacho de la Contralora General de Medellín, para que se surta el grado de consulta (Folios 752 – 775, cuaderno 4).
- Mediante Memorando 1200 – 202100003611 del 13 de mayo de 2021, el Contralor Auxiliar de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, remite el expediente al Despacho de la Contralora General de Medellín, para que se surta el grado de consulta (Folio 778, cuaderno 4).

- El expediente es recibido en el Despacho de la Contralora General de Medellín el día 13 de mayo de 2021, según constancia secretarial de la misma fecha (Folio 779).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante **Auto 196 del 28 de abril de 2021**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó la cesación de la acción por no existir mérito, y en consecuencia dispuso el archivo del expediente identificado con el radicado 042 de 2014 a favor de los investigados.

Para llegar a lo anterior, el Operador Jurídico de la primera instancia fincó el problema jurídico en determinar si los investigados ocasionaron o no daño patrimonial a las Empresas Públicas de Medellín (AGUAS DEL ORIENTE ANTIOQUEÑO), respecto de los hallazgos fiscales valorados en la suma de NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$94.615.785.18), supuesto detrimento originado en el reconocimiento y pago de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$7.471.850.18), por concepto de imprevistos y la suma de OCHENTA y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA y TRES PESOS (\$87.143.933) por concepto de la adición que se realizó al contrato 105 de 2013.

Seguidamente advirtió, que de acuerdo al precedente administrativo emitido por este Despacho, es necesario precisar sobre la naturaleza y el orden jurídico aplicable a las Empresas Públicas de Medellín, entidad afectada que pertenece a los organismos exceptuados en materia del régimen de contratación, características que se desprenden del Acuerdo Municipal 069 de 1997, que aprobó el Concejo de Medellín se transformó las Empresas Públicas de Medellín en empresa industrial y Comercial del Estado y así mismo de las Leyes 142 de 1994, y 689 de 2001, que ratificó el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios.

En cuanto a los medios de prueba, hizo extensa valoración de la versión libre rendida por el investigado FRANCISCO LUIS OROZCO ZULUAGA, en calidad de Interventor para los contratos 105, 107 y 108 de 2013 (Folios 381 - 408, cuaderno 2) quien básicamente alega una vulneración del principio de legalidad y derecho debido proceso porque la Contraloría está investigando conforme a su nueva postura frente al tema de imprevistos y no la vigente para el momento de los hechos, y así mismo luego de citar extensa doctrina administrativa, concluye que no existe norma positiva, ni posición jurisprudencial y doctrinaria unificada que ordene a la entidad pública

contratante a exigir del contratista la justificación y causación de los imprevistos del AIU para su reconocimiento y pago.

En cuanto al presunto daño patrimonial derivado de la adición que se realizó al contrato 105 de 2013, cuyo objeto fue la construcción de lechos de secado y demás obras, se basó igualmente en la versión libre rendida por el señor OROZCO ZULUAGA y los medios de prueba aportados por este último, para concluir que en lo relativo a los costos adicionales del contrato para la construcción de los lechos de secado, no se configuró detrimento patrimonial alguno, por cuanto los valores adicionados, eran necesarios para el óptimo funcionamiento de las obras pretendidas.

Descartó la necesidad de hacer transcripción de la versión libre que rindió el señor OSCAR DARÍO GÓMEZ BERNAL, en calidad de Representante Legal de la Empresa AGUAS DE ORIENTE ANTIOQUEÑO (Folios 60 – 81, cuaderno 1), puesto que la misma guarda plena similitud con las manifestaciones defensivas expuestas por el señor FRANCISCO LUIS OROZCO ZULUAGA, advirtiendo que para todo efecto habría de tenerse en cuenta como primer medio de defensivo del versionista.

Advierte, que confrontadas las versiones libres antes anotadas con los medios de prueba obrantes en el expediente, no es posible predicar la existencia del daño patrimonial derivado del reconocimiento y pago de imprevistos por valor de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$7.471.850.18) respecto de los contratos 105-2013; 107-2013 y 108-2013 y de otra parte de la suma de OCIENTA y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA y TRES PESOS (\$87.143.933) por concepto de la adición que se realizó al contrato 105 de 2013.

Por lo anterior, consideró que en el caso analizado, no concurren los elementos que los reproches señalados en el Auto de Apertura y sus adiciones, como lo son una culpa grave o dolo y tampoco un daño patrimonial, ya que estos quedaron desvirtuados durante el debate probatorio surtido, razón por la cual halló procedente proferir Auto de Archivo en los términos señalados en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, bajo el presupuesto indicativo de que el hecho objeto de investigación no es constitutivo de detrimento patrimonial.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. 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 fiscalizador².

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.”³

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.”⁴

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

² Ley 610 de 2000. Artículo 18.

³ Sentencia C – 968 de 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

⁴ Sentencia T – 005 de 2013.

siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.”⁵ (Negrita fuera de texto).

4.2 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 encuentra acreditada alguna de las causales o presupuestos axiológicos descritos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁶, para que pueda proferirse auto de archivo en los términos dispuestos por el operador jurídico de la primera instancia.

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**, necesariamente examinar los siguientes aspectos bajo este orden: **(i)** El reconocimiento del A.I.U y pago del imprevisto a un contratista sin soporte o justificación, y **(ii)** El daño patrimonial y la conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, como elementos estructurantes o integrantes de la responsabilidad fiscal.

4.3. Análisis del caso concreto.

Para resolver el problema jurídico planteado, y para una mayor inteligibilidad de la decisión consultiva, el Despacho analizará de manera independiente los dos (2) hallazgos con presunta connotación fiscal que dieron origen a la presente causa fiscal, siendo el primero de estos **(i) el reconocimiento y pago de imprevistos por valor de siete millones cuatrocientos setenta y unos mil ochocientos cincuenta pesos con dieciocho centavos (\$7.471.850.18) respecto de los contratos 105 – 2013, 107-2013 y 108-2013**, y por otro lado **(ii) la adición que se realizó dentro del contrato 105 - 2013 por valor de ochenta y siete millones ciento cuarenta y tres mil novecientos treinta y tres pesos (\$87.143.933)**.

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

⁶ 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.

4.4. Análisis del hallazgo con presunta incidencia fiscal derivado del reconocimiento y pago de imprevistos por valor de siete millones cuatrocientos setenta y unos mil ochocientos cincuenta pesos con dieciocho centavos (\$7.471.850.18) respecto de los contratos 105 – 2013, 107 - 2013 y 108 - 2013.

En el plenario se encuentra probado y tampoco ha sido objeto de controversia, que efectivamente dentro de los contratos **105 – 2013, 107 - 2013 y 108 - 2013**, fueron pagados por valores de imprevistos al contratista sin mediar soporte justificación en los siguientes términos:

DE CONTRATO	CONTRATISTA	IMPREVISTOS
105-2013	D.C.M Diseño Construcción y Medio Ambiente S.A.S.	\$3.943.075.38
107-2013	SANEAR S.A.	\$1.665.453.32
108-2013	D.C.M. Diseño Construcción y medio ambiente S.A.S.	\$1.863.321.48
Total pagado Imprevistos		\$7.471.850.18

Precisado esto, en este caso concreto se tiene que la entidad presuntamente afectada es **Empresa Aguas del Oriente Antioqueño** (Empresas Públicas de Medellín, con Nit. 890.904.996-1.), 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 3º se estableció su régimen jurídico, en el cual se prescribe que sus actos y contratos, se regirán por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Ley o la Constitución Política. Por otra parte, es necesario anotar, que el legislador, tanto en la Ley 142 de 1994, como en la Ley 689 de 2001, estableció y reiteró el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como es el caso objeto de averiguatorio fiscal.

En efecto, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, modificada por el artículo 3º 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 enseñado⁷:

“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 intérprete del régimen jurídico

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

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 3º, 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 contractuales⁸, 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 2º, como sujeto a sus disposiciones, no obstante los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios celebrados por una empresa de servicios públicos domiciliarios están regidos por el derecho privado”.

Ahora bien, teniendo clara la naturaleza jurídica de la entidad presuntamente afectada y el régimen de contratación que le es aplicable, es pertinente tener en cuenta los contratos (**105 – 2013, 107 - 2013 y 108 – 2013**) de los cuales surge el hallazgo fiscal bajo análisis fueron celebrados y ejecutados en el año 2013, por lo que resulta propio e inmediato cuestionarse, si a la gestión fiscal que ejecutó el señor Francisco Luis Orozco Zuluaga en su calidad de Interventor de dichos contratos le es atribuible la categoría o gradualidad de dolo o **culpa grave**.

Para responder a ese interrogante, 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 analizado 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

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

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 alea 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 República⁹, 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 régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos de imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU- administración, imprevistos y utilidades – como factor en el que se incluye

⁹ Contraloría General de la República. Concepto 2012EE0071253.

ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe si una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ellas".

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 Pública¹⁰** – 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:

"El 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.

En este orden de ideas, y bajo los precedentes jurisprudenciales y administrativos, en criterio del Despacho le asiste razón al operador jurídico de la primera instancia al advertir que bajo el entendido que en los contratos cuestionados no fueron identificados, valoración y distribución de los riesgos asumidos por las partes contratantes y que ante la inexistencia de norma legal que prohíba el pago de imprevistos sin soporte o que exija para su pago soportes, no surge a la realidad

¹⁰ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_publica.pdf. / Pág 9 – 10.

jurídica un hecho constitutivo de detrimento patrimonial, es decir, emerge una de las causales descritas en el artículo 47 de la Ley 610 para que proceda el auto de archivo.

En resumen, 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 Administrativa compartían posiciones 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, es probable que si el señor Francisco Luis Orozco Zuluaga como interventor de los señalados contratos 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 si daría lugar a un daño patrimonial ante la inobservancia de los pliegos de condiciones y en las minutas contractuales.

Bajo tales premisas, serias dudas afloran respecto a la materialización del daño patrimonial derivado del pago autorizado por los investigados de los imprevistos del AIU sin mediar soporte, en el entendido de que no hubo la identificación, valoración y distribución de riesgos, como quiera que la forma de pago pactada por las partes así lo permitían, es decir, el pago objeto de reproche fiscal **no proviene de una conducta antieconómica, inoportuna, deficiente, ineficaz, antijurídica, ilegal o contraventora de las estipulaciones precontractuales o contractuales consignadas en los contratos 105 – 2013, 107 - 2013 y 108 – 2013, que como ya fue explicado, se rigen por reglas del derecho privado.** En efecto, es dable afirmar que en esta oportunidad, el hecho por el que se investiga a los presuntos responsables fiscales 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 expedieron 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).

Las anteriores reflexiones, resultan ser suficientes para **CONFIRMAR** el proveído consultado en cuanto al archivo del hallazgo derivado del reconocimiento y pago de imprevistos por valor de siete millones cuatrocientos setenta y uno mil ochocientos cincuenta pesos con dieciocho centavos (\$7.471.850.18) respecto de los contratos 105, 107 y 108 de 2013 respectivamente, pues en criterio de esta superioridad jerárquica, este hecho no puede ser catalogado como generador de un detrimento patrimonial a la entidad presuntamente afectada, no quedando otro camino diferente al de proferir Auto de Archivo, como efecto lo efectuó el operador jurídico de la primera instancia.

4.5. Análisis del hallazgo con presunta incidencia fiscal derivado de la adición que se realizó dentro del contrato 105 - 2013 por valor de ochenta y siete millones ciento cuarenta y tres mil novecientos treinta y tres pesos (\$87.143.933).

Respecto al presunto daño patrimonial derivado de la adición realizada al contrato 105 – 2013, cuyo objeto fue la construcción de lechos de secado y demás obras complementarias para su buen funcionamiento en la Planta de Potabilización del Municipio del Retiro, distante a lo señalado por el Equipo Auditor, considera esta Dependencia que de acuerdo al material probatorio recaudado, si se encuentra la necesidad de modificar los diseños iniciales para llevar a cabo el objeto contractual delimitado en el contrato referido.

Se hace innecesario replicar en este proveído las explicaciones elevadas en la versión libre rendida por el procesado Francisco Luis Orozco Zuluaga, puesto que las mismas se encuentran transcritas en el auto sometido a consulta, sin embargo, dichas aseveraciones explican la necesidad de adicionar el contrato en cuestión, en la medida que hubo actividades y trabajos que no habían sido identificadas al momento de la celebración del contrato (Folio 402, cuaderno 2), afirmaciones que encuentran su respaldo documental en el “**INFORME DE OBSERVACIONES AL DISEÑO DE LECHOS DE SECADO**” de la Planta de Potabilización del Municipio del Retiro (Folios 462 – 469, cuaderno 3)

Se tiene entonces que las obras extras que justificaron la adición del contrato son:

Suministro, transporte y colocación de concreto ciclópeo con un 40% de piedra, resistencia del concreto 17.5 MPA, suministro, transporte y colocación de tapón soldable diámetro 4” PVC sanitaria, incluye limpiador y soldadura, suministro, transporte y colocación de muros en mampostería en bloque estructural de 0.20 x 0.20 x 0.40 para muros en los lechos de secado u otra estructura, incluye mortero de pega y rellenos internos, Excavación en cualquier material para pilas de diámetro 1 mt, profundidad entre 0 y 10 mts., suministro, transporte y colocación de concreto de recubrimiento exterior, con espesor de 0.10 mt, incluye refuerzo de diámetro 3/8, para pilas con profundidad entre 0 y 10 mts., suministro, transporte y colocación de concreto para pilas con profundidad entre 0 y 10 mts., suministro de cilindro vertical con fondo cónico, de diámetro de 4.50 m x 4.72 m de altura y cono con pestaña superior, ducto con campana interna, cuatro patas para soporte del tanque y platinas de anclaje en poliéster reforzado con fibra de vidrio de más especificaciones diseño y accesorios, según plano enviado. Accesorios de entrada diámetro 4”, accesorios de salida diámetro 5” y rebose de 3” de diámetro, Caja de empalme, salida de lechos de secado, incluye tapa, Suministro, transporte e instalación de tubería sanitaria de 5”, suministro, transporte y colocación de revoque impermeabilizado con zika y recubrimiento impermeabilizante elástico Suministro, transporte y colocación de revoque, impermeabilizado con zika.

Aunado a lo anterior, como medio probatorio de clase documental aportado por el versionista Orozco Zuluaga, obra el “**INFORME JURIDICO**” elaborado por la abogada de la Dirección de Soporte Legal de Contratación el día 19 de diciembre de 2013, que da el soporte legal de implementar y ejecutar las obras relacionadas anteriormente señaladas, y que de no realizarse el resultado no hubiera sido el esperado, razón más que suficiente para afirmar que la adición en cuestión fue necesaria y contribuyó al logro de la finalidad de la contratación adicionada (Folios 484 – 489, cuaderno 3)

Así las cosas, diferente al reproche señalado por el Equipo Auditor, el Despacho concuerda con la tesis del funcionario de la primera instancia, con la que encuentra

no solo la justificación técnica sino además jurídica para proceder a la modificación bilateral número 2 del contrato 105 de 2013, habida cuenta que dicha modificación se hacía indispensable cumplir con la ejecución adecuada del primigenio objeto contractual.

En este punto, es preciso detenerse para 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 1º de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (Lo resaltado es del Despacho).

Descendiendo nuevamente al sub examine, y conforme a los medios probatorios aportados al plenario, los cuales guardan congruencia con la exposición libre rendida

por uno de los sujetos procesales investigados, el presunto daño patrimonial derivado de la adición realizada al contrato 105 – 2013 ha quedado plenamente desvirtuado, situación que se ajusta a la causal enmarcada en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es que el hecho investigado no es precursor de un detrimento patrimonial, lo que habilitaba al funcionario de primer grado proferir auto de archivo por el hecho descrito.

Por lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la decisión de archivo respecto al hallazgo con presunta incidencia fiscal derivado de la adición que se realizó dentro del contrato 105 – 2013, por haberse demostrado que el hecho investigado no es constitutivo de un detrimento patrimonial, en los términos dispuestos en el artículo 47 ibídem.

V. La decisión / Adición de la providencia consultada

Por todo lo expresado, esta superioridad jerárquica **confirmará íntegramente** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto Nº 196 del 28 de abril de 2021**, por medio del cual se ordenó el archivo del proceso con **Radicado 042 de 2014**; pues a juicio del Despacho, por haberse demostrado que operó una de las causales una de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000¹¹, como lo es el hecho investigado no es constitutivo de un detrimento patrimonial.

No obstante lo anterior, revisada la parte resolutiva de la providencia objeto de consulta, se observa que en ella se omite pronunciarse sobre la desvinculación de la Compañía de Seguros ROYAL & SUN ALLIANCA SEGUROS (COLOMBIA) S.A., con Nit 860.002.505-7, **hoy Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A., con NIT 860.002.505-7**, quien de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 fuera vinculada a la presente investigación en virtud de la póliza 20057, de Directores y Administradores (Folios 334 - 335). De manera que, la consecuencia de la decisión de archivo, conlleva como consecuencia la desvinculación de la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable, situación que no fue advertida y tampoco declarada en la providencia que se revisa.

Por lo anterior, se **ADICIONARÁ** el auto consultado bajo las precisiones anotadas.

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

¹¹ El hecho no es constitutivo de daño patrimonial.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N°196 del 28 de abril de 2021**, por medio del cual se ordenó el archivo del proceso con **Radicado 042 de 2014**, por las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADICIONAR la providencia objeto de consulta, en el sentido de indicar que como consecuencia del archivo ordenado en el numeral primero de la parte resolutiva de dicho proveído (**Auto N°196 del 28 de abril de 2021**), se ordena así mismo **DESVINCULAR** la Compañía de Seguros ROYAL & SUN ALLIANCA SEGUROS (COLOMBIA) S.A., con Nit 860.002.505-7, **hoy Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A., con NIT 860.002.505-7**, quien de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 fuera vinculada a la presente investigación en virtud de la póliza 20057.

ARTÍCULO TERCERO: 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 CUARTO: 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.

Proyectó: Jorge O. - Profesional Universitario 2.
Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica