

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°019 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°028 DE 2016

Medellín, primero (01) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto N° 147 del 20 de abril de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 028 de 2016.
Entidad afectada:	Empresa Pública de Medellín identificada con NIT 890.904.966-1.
Presuntos Responsables:	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Johnny Andrés Bedoya Muñoz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 98.668.345 en calidad de profesional B de Operaciones y Negocios de las Empresas Públicas de Medellín ➤ Empresa Sanear S.A con NIT 890.928.186-4 Representada Legalmente por Luis Aníbal Espinal Ramírez, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 71.875.863.
Garante:	Seguros Generales Suramericana S.A. NIT 890.903.407-9 (<i>Folio 52 Cuaderno 1</i>).
Hecho investigado:	En la Revisión del Contrato CT 2013-000497 del 14 de mayo de 2013, cuyo objeto fue: "La construcción y adecuación de la infraestructura civil y mecánica, mantenimiento correctivo y preventivo en los procesos de captación, potabilización, tratamiento de aguas residuales, distribución primarias y medidores de acueducto, atendidos por las Empresas Públicas de Medellín, se realizaron pagos por concepto de imprevistos por valor de Treinta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Ocho Mil Quinientos Treinta y Nueve Pesos (\$34.198.539) sin que mediaran los respectivos soportes que permitieran demostrar la causación de dichos imprevistos.
Cuantía:	Treinta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Ocho Mil Quinientos Treinta y Nueve Pesos (\$34.198.539).
Decisión:	CONFIRMA, ADICIONA Y ACLARA LA DECISIÓN 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 las Resoluciones 092 de 2020 y 150 de 2021 expedidas 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°147 del 20 de abril de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 028 de 2016.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS INVESTIGADOS:

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo fiscal resultante de la Auditoría regular realizada a Empresas Públicas de Medellín E.S.P, vigencia 2014, el cual se estructuró por el equipo auditor al remitir el correspondiente traslado (Folio 6 al 7, del cuaderno N° 1) de la siguiente forma¹:

“En la revisión del contrato número CT 2013-000497 cuyo objeto es. “Construcción y adecuación de la infraestructura civil y mecánica, mantenimiento correctivo y preventivo en los procesos de captación, potabilización, tratamiento de aguas residuales, distribución primaria y medidores de acueducto atendidos por las empresa” se realizaron pagos por imprevistos por valor de \$ 34.198.589. Los imprevistos cancelados se realizaron sin que mediaran los respectivos soportes que permitieran demostrar la causación de los mismos, incumpliendo la Ley 42 de 1993 en su artículo 8º, en el cual se indica que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

*De acuerdo al pliego de condiciones del proceso contractual PC-2012-003106 que dio origen al contrato anterior, en el numeral 2.2.2.1 **Valor Precios**, se indica que “ el proponente deberá indicar, en el formulario correspondiente de la propuesta, el precio unitario, para todos y cada uno de los ítems presentados y los valores totales que resulten de multiplicar las cantidades estimadas por los precios unitarios [...] los demás gastos que puedan afectar dichos costos se pagarán en el (AIU), Administración, imprevistos, utilidad, es decir, quedarán incorporados en los precios unitarios del mismo” la propuesta seleccionada presentó el formulario 12, en los que se describe el porcentaje que corresponde a cada factor del AIU”.*

Hallazgo anterior que el Equipo Auditor cuantificó en la suma de Treinta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Ocho Mil Quinientos Treinta y Nueve Pesos (\$34.198.539).

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se determinó en el Auto de Apertura²

- Johnny Andrés Bedoya Muñoz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 98.668.345 en calidad de profesional B de Operaciones y Negocios de las Empresas Públicas de Medellín.

¹ Folios 6 al 7 del Cuaderno 1.

² Folio 19 al 39 del Cuaderno 1.

- Empresa Sanear S.A con NIT 890.928.186-4 Representada Legalmente por Luis Aníbal Espinal Ramírez, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 71.875.863

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA.

Como entidad afectada se identificó Empresas Públicas de Medellín E.S.P, identificada con NIT 890.904.966-1; la cual es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, según Acuerdo Municipal 069 del 10 de diciembre de 1997, expedido por el Honorable Concejo de Medellín.

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado a las Empresas Públicas de Medellín, se determinó la suma Treinta y Cuatro Millones Ciento Noventa y Ocho Mil Quinientos Treinta y Nueve Pesos (\$ 34.198.589.).

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Seguros Generales Suramericana S.A con NIT 890.903.407-9 (*Folio 52 Cuaderno 1*).

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 096 del 29 de febrero de 2016, por medio del cual se ordena iniciar la Indagación Preliminar en el trámite con radicado 028 de 2016 (Folios 11 al 12, cuaderno 1).
- Auto 192 del 20 de abril de 2018 por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal 028 de 2016 (Folios 19 al 39, cuaderno 1).
- Auto 276 del 20 de octubre de 2020, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en acatamiento a lo ordenado en la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020 proferida por la Contralora General de Medellín se levanta la suspensión de términos dentro de todas las indagaciones preliminares y Procesos de Responsabilidad Fiscal que adelanta dicha dependencia (Folios 98 al 99 del Cuaderno 1)
- Por medio de Auto 147 del 20 de abril de 2021, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 028 de 2016 (Folios 102 al 111 del cuaderno N° 1).
- El 18 de mayo de 2021 se efectúa la remisión del expediente 027 de 2016, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 114 del Cuaderno 1).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto Nº 147 del 20 de abril de 2021, declaró la Cesación de la Acción Fiscal por no Mérito del Proceso con Responsabilidad Fiscal 028 de 2016 y que concita el conocimiento de esta instancia; para lo cual el Despacho sintetizará los aspectos más relevantes de la decisión de instancia, las cuales se arguyeron así por el a quo:

Para el efecto, en primer lugar, trae a colación lo que ha sostenido esta superioridad jerárquica en decisiones anteriores en los cuales ha precisado que el régimen contractual de las Empresas Públicas de Medellín, es el régimen privado.

Consideración anterior que la cimenta en lo que con relación al régimen de contratación de EPM estableció el artículo tercero (3º) del Acuerdo Municipal 069 de 1997 y de contera, lo establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, que fue modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

Igualmente, se soporta el a-quo en los argumentos defensivos esgrimidos en la prosecución del averiguatorio fiscal en la que se manifiesta que el valor pagado por imprevistos era pacífico hasta los años 2015 y 2016, en el que no era necesario demostrarlos y máxime que los hechos objeto de investigación datan de la calenda del 2013.

El pago de los imprevistos en los contratos objeto de pesquisa desde la misma estructuración de los mismos, ya se tenían contemplado su respectivo reconocimiento.

Los imprevistos objeto de pesquisa fiscal, hacían parte “*del precio acordado en el contrato y se establecen como un porcentaje fijo que ingresa al patrimonio del contratista (...) si al estructurarse la relación negocial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos en que incurre en la ejecución del objeto contractual y por tanto, plantea una partida de imprevistos insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a mayores costos, será él quien tendrá que asumirlos , sin que sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación , pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso*”.

Por otra parte, se sostiene por la defensa, y que comparte el a- quo que en Radicado 050 de 2013, la Contraloría General de Medellín ordenó la cesación del procedimiento y el archivo definitivo del expediente, mediante Auto 347 del 14 de agosto de 2015, en el que se consideró que el pago de imprevistos no configuraba daño al patrimonio público.

Se soporta igualmente la decisión objeto de consulta, en que existen serias dudas respecto a la materialización del daño patrimonial derivado del pago autorizado de los imprevistos, 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.

Los hechos objeto de investigación son del año 2013, calenda para la cual se tenían otras tesis, otras interpretaciones y sobre las cuales no había una posición unívoca en los diferentes Órganos de Control Fiscal.

Se soporta el a quo en que existen dudas en cuanto al daño patrimonial al Estado, pues de la forma pactada de pago, no se vislumbra un daño al erario de EPM.

Arguye en otro orden de ideas, “*que el porcentaje de imprevistos significa, en su origen, la salva guarda 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 contratación*”.

Se cimienta por otra parte, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República³, data de una calenda anterior a los supuestos hechos que generaron los hallazgos fiscales objeto del presente averiguatorio, el cual se transcribe en lo pertinente, sin que con ello se caiga en una innecesaria tautología.

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

Por último sostiene el instructor de instancia que no existe daño al patrimonio público y que por lo tanto al no avizorarse el mismo en el plenario, no sería necesario pronunciarse sobre la culpa, indicando que la misma de acuerdo al artículo 63 del Código Civil, prevé tres modalidades a saber:

“1) “*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo*”. 2) “*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano*”. 3) “*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado*”.

Es decir, sostiene el instructor de instancia, que para graduarse la culpa, debe evaluarse entonces, las consideraciones acerca de la intencionalidad de los gestores fiscales afín

³ Contraloría General de la República, Concepto 2012EE0071253

de definir si su voluntad debió dirigirse a la sujeción de normas que expresamente condicionaban su actuación, o bien era, una tarea discrecional de los gestores, para lo cual ingiere de acuerdo a jurisprudencia del juez colegiado constitucional que no puede predicarse una conducta culposa de los mismos, por lo que en definitiva, en la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales no concurren los elementos axiológicos de la responsabilidad fiscal, como son el daño, la conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre los mismos.

IV. 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 las Resoluciones 092 de 2020 150 de 2021 expedida por la Contraloría General de Medellín, la Contralor General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del *a quo* y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000) (Modificado por el artículo 132 del Decreto Legislativo 403 de 2020).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el 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.”⁴.

En virtud de lo dispuesto por el precitado Artículo, la decisión en grado de consulta, goza de un amplio margen de acción, como en efecto lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97, cuando disciplinó:

“Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie “sin limitación” alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado...” (rft).

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

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

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la Primera Instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de

⁴ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el Artículo 1 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C-619/02.

El objeto de la responsabilidad fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional⁵ y la Ley⁶.

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

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal. El daño fiscal, está previsto el Artículo 6 de la Ley 610 de 2000, como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado..."*.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y partiendo de las explicaciones argüidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta superioridad jerárquica establece como problema jurídico, el verificar si efectivamente, al estar acordados los imprevistos como parte del precio del contrato en un contrato que se rige por el derecho privado, es factible pregonar que no se materializó el daño al patrimonio público.

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar lo siguiente: **(i)** la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y la posibilidad de estructurar los imprevistos como parte del precio, en contratos a precios unitarios **(ii)** la verificación de la conducta desplegada por los

⁵ Sentencia SU 620 de 1996

⁶ Ley 610 de 2000

presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa.

Por lo tanto, se procederá a discernir los tópicos antes precisados:

(i) la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control y si los imprevistos fueron causados o materializados en desarrollo de los contratos objeto de glosa y si por ende, no se configuró el daño patrimonial.

Por Acuerdo Municipal 069 de 1997, expedido por el Concejo Municipal de Medellín se transformó las Empresas Públicas de Medellín en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. En su artículo 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 precisar, que el legislador, tanto en las Leyes 142 de 1994, como en la 689 de 2001, estableció y reiteró el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como es el caso objeto de averiguatorio fiscal.

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

“(...) 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

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

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

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, los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios celebrados por una empresa de Servicios públicos domiciliarios están regidos por el derecho privado”.

Bajo esa óptica entonces, observa esta superioridad jerárquica, que desde el mismo traslado del presunto hallazgo fiscal efectuado por el Equipo Auditor (folios 6 al 7 del cuaderno 1) en el pliego de condiciones, ya se había establecido que los imprevistos, estaban incorporados en los precios unitarios de los diferentes ítems.

Así se desprende del hallazgo, cuando se afirma por parte del equipo auditor:⁹ “*De acuerdo con los pliegos de condiciones de los procesos contractuales y solicitud de oferta, antes citados, y que dan origen a los contratos anteriores, en el numeral 2.2.2.1 Valor precios o precios de la oferta, se indica que “El proponente deberá indicar, en el formulario de la propuesta, el precio unitario, para todos y cada uno de los ítem presentados, y los valores totales que resulten de presentar las cantidades estimadas por los precios unitarios [...] los demás gastos que puedan afectar dichos costos, se pagarán en el (AIUI, administración, imprevistos, utilidad e impacto comunitario del contrato, es decir quedará incorporados en los precios unitarios del mismo”.* (Lo resaltado es fuera de texto).

Una correcta lectura de los pliegos y que de contera obligaba a los oferentes, es que los imprevistos que se presentaren impactarian los precios unitarios de los diferentes ítems, pues los mismos, quedarian incorporados en los respectivos precios unitarios.

Esa estipulación en los pliegos, en una contratación que se regia por el derecho privado obligaba sin dubitacion alguna a los futuros proponentes, así lo ha sentenciado el juez natural de las controversias contractuales al rotularse:¹⁰

“*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.

⁹ Folios 6 al 7 del Cuaderno 1

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

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 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 señalar¹¹:
*(..) 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, tanto los costos directos, como indirectos (entre ellos obviamente los imprevistos) hacían parte del precio unitario de cada ítem. Esta práctica no birla el orden jurídico, pues era perfectamente viable estipularlo en unos contratos que se regían por el derecho privado.

Colombia Compra Eficiente, que de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 4170 de 2011, funge como entidad orientadora en materia de contratación estatal ha conceptuado sobre tal aspecto lo siguiente¹²:

“Pues bien en los contratos cuyo precio se estructura apartir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que se pare en su propuesta los costos directos- es decir, los que estan directamente implicados en la ejecución del objeto-, de los costos indirectos- que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, pero que integran tambien el precio, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes, para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia (...), en consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto

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

¹² Colombia Compra Eficiente, Concepto C-714 de 2020, Radicado 2202013000011949.

General de Contratación de la Administración Pública, **como las excluidas de este- es decir, las que tienen un régimen especial- gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico**” . (Negrillas fuera de texto).

Observa el Despacho, los pliegos de condiciones obrantes en el cartulario investigativo fiscal, en el cual y para el caso objeto de decisión se establecieron en los mismos lo siguiente¹³:

“ 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 items presentados, y los valores totales que resulten de multiplicar las cantidades estimadas por los precios unitarios. 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 favorecido.

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 los gastos que puedan afectar el costo directo e indirecto de las mismas.” (Lo resaltado es del Despacho)

Para el Despacho es perfectamente viable como ocurrió en autos que en los correspondientes pliegos se considere como parte del **precio** de un contrato con modalidad de pago a precios unitarios, que el AIU se pacte como parte estructurante del mismo, sin que ello desconozca el orden jurídico como bien se precisó en acapites precedentes.

El Despacho acogió estas posturas jurisprudenciales traídas a colación, cuando se decidió entre otros, los grados de consulta en los procesos de Responsabilidad Fiscal 006 de 2015, que se decidió por **Auto 016 de 2020**, Proceso de Responsabilidad Fiscal 022 de 2016, que se decidió mediante **Auto 015 de 2020**; Proceso de Responsabilidad Fiscal 07 de 2016, que se decidió mediante **Auto N° 16 del 2021** en los cuales los supuestos fácticos obecen a las mismas condiciones objeto de consulta que en esta oportunidad, nuevamente se acogen.

¹³ CD Folio 8 del Cuaderno 1

Por otra parte, se observa en el cartulario versión libre¹⁴, en el cual se depone por el señor Johnny Andrés Bedoya Muñoz, uno de los presuntos responsables fiscales en el presente averiguatorio fiscal, quien para el momento de los hechos fungía como profesional B de Proyectos de EPM Mantenimiento de Aguas, se extrae lo siguiente:

“(...) los contratos que están siendo objeto de investigación, están por tanto regulados por normas internas de la empresa, tienen una normatividad especial (...) los imprevistos de los que estamos hablando hacen parte del precio acordado en el contrato.

Existían precedentes de que no era necesario exigir soportes para pago de imprevistos.

Debe recordarse que los contratos objeto de investigación son del año 2013 y para la fecha se tenía conocimiento de que existían varios pronunciamientos de diversas instancias que señalaban la no obligatoriedad de exigir soportes (...)” para sustentar su aserto trae a colación la Sentencia del Consejo de Estado del 29 de mayo de 2003 de la Sección Tercera con ponencia del Dr Ricardo Hoyos Duque y concepto expedido en el tópico de los imprevistos por la Contraloría General de la República 2012EE0071253 del 23 de octubre.

Igualmente, precisa en su versión libre que existían precedentes de la misma Contraloría General de Medellín que en Proceso de Responsabilidad Fiscal 050 de 2013, mediante Auto 347 del 14 de agosto de 2015, decretó el archivo del proceso, toda vez que en criterio de ese Órgano de Control los imprevistos no se debían soportar.

Advierte entonces el Despacho y en otro orden de ideas 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 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 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

¹⁴ Folios 70 al 74 del Cuaderno 1

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, serían suficientes para confirmar el Auto consultado, pues en criterio de esta superioridad el daño al patrimonio de Empresas Públicas de Medellín E. S.P., no se estructuró en autos, empero, se confirmará como elemento adicional su asesor del mismo, de que en la presente pesquisa fiscal no se configuró una conducta gravemente culposa de los presuntos responsables fiscales, para lo cual se precisa lo siguiente:

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

La posición que había tenido la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva de esta Agencia Fiscal desde las calendas 2013, 2014, 2015 y 2016, eran pacíficas en el sentido de que no era necesario el soporte de estos imprevistos, pues de acuerdo a criterio jurisprudencial del Juez natural de las controversias contractuales y posición doctrinaria de la Contraloría General de la República, los imprevistos hacían parte **integral del valor del contrato**.

El Consejo de Estado, como máximo Órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, ha tenido la oportunidad de disciplinar en disímiles oportunidades lo que comprende el obrar culposo en una determinada circunstancia al señalarse¹⁵: " (...) o si al actuar , pudo prever la irregularidad en la que incurria y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo , o confio en poder evitarlo –actuación culposa -, es clara entonces, la determinación de una responsabilidad subjetiva , en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en la conducta".

Así las cosas, refulge para esta instancia de manera necesaria, que no puede pregonarse un actuar culposo por parte de los presuntos responsables fiscales, cuando por una parte, su actuar se circunscribe a las condiciones pactadas entre las partes y por la otra, para las calendas 2013 y 2014, la posición no sólo de éste Órgano de Control, sino

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

tambien de los otros Órganos de Control Fiscal es que los imprevistos no debian probarse su materialización.

Acotese en otro orden de ideas, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República¹⁶, data de una calenda anterior a los supuestos hechos objeto de reproche fiscal (2013 y 2014), al considerse por parte de ese Órgano de Control y con soporte en 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”.

No puede entonces, endilgarse culpa grave en los presuntos responsables fiscales, cuando actúan con el convencimiento de que su actuar no desconoce el marco jurídico y jurisprudencial, sino que de manera adicional tiene soporte en decisiones administrativas que desde el preterito se venian profiriendo por los diferentes órganos de control del orden territorial, incluyendo obviamente a este Órgano de Control, es decir, que no se vislumbra una conducta que pueda enmarcar como gravemente culposa.

Anterior reflexión de esta superioridad que se respalda con criterio jurisprudencial vinculante del Consejo de Estado, al señalar en este aspecto¹⁷:

[...] Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de una agente que generó un daño antijurídico(injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancia en que actuó; osea, la conducta es culposa cuando cuando el resultado daniño es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. Tambien por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría ocurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible.(...) respecto de la culpa grave señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera “ su autor no ha querido realizar el daño , pero se ha comportado como si lo hubiera querido (...) y agregan que “ reside esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podrá explicarse sino por la necesidad, la temeridad o la incuria del agente”.

Con todo lo anterior y descendiendo al caso concreto, si bien esta Dependencia concuerda con el Operador Jurídico de la primera instancia al encontrar procedente la terminación de las presentes diligencias, al punto que será confirmada la decisión materia de revisión, también es cierto que se debe hacer claridad en que la norma

¹⁶ Folio 487 del Cuaderno 3, concepto 2012EE0071253

¹⁷ Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.

procesal que permite que se abra paso a la cesación de la acción fiscal (v.gr. Ley 1474 de 2011 - art.111) enlista unas causales taxativas para que proceda dicha figura jurídica, como lo son **(i) cuando se acredite el pago del valor del detrimiento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o, (ii) cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada**, situaciones fácticas anteriores que consagra la norma, que no se estructuraron en la causa fiscal que ocupa la atención en este grado de consulta.

De manera pues, que la decisión de terminar anticipadamente el presente proceso de responsabilidad fiscal no podría obedecer a las situaciones en la norma en precedencia, pero si a una de las causales señaladas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, cuyo tenor es el siguiente:

“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 detrimiento 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.” **(Resaltado y subrayado del Despacho)**

Así las cosas, conviene aclarar que la confirmación del Auto de Archivo sometido a consulta, se justifica en la efectiva acreditación de que el hecho investigado **no resultó ser constitutivo de un daño patrimonial causado a la entidad estatal presuntamente afectada**, es decir, por haberse configurado una de las causales enlistadas en esta última norma, que habilita la procedencia el Auto de Archivo. En este sentido, se conservará incólume la decisión bajo análisis, pero en la parte resolutiva de este acto administrativo se hará la respectiva aclaración que se acaba de mencionar.

Por otra parte, si bien las aseguradoras, en un proceso de responsabilidad fiscal, garantizan **el pronto y efectivo pago de los perjuicios que ocasione la conducta del respectivo asegurado**¹⁸, en autos al decretarse el archivo del proceso, al no constituirse daño alguno al erario público del sujeto de control, ninguna erogación pecuniaria se podrá predicar de aquella y por ello, ninguna consecuencia procesal se podría predicar del garante. Empero, se adicionara el Auto objeto de consulta en este aspecto, desvinculando a la compañía aseguradora.

Por las anteriores consideraciones y sin mayores elucubraciones, se

RESUELVE

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de octubre de 2019, Radicado 25000232400020030005401

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto Nº 147 del 20 de abril de 2021**, por medio de la cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 028 de 2016**, por cesación de la acción fiscal por no mérito; por la motivación expuesta en las consideraciones del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ACLARAR que la confirmación del auto descrito en el numeral anterior, en el sentido de indicar que la terminación de las presentes diligencias obedece a la configuración de una de las causales enlistadas en el **artículo 47 de la Ley 610 de 2000**, como lo es el haberse plenamente demostrado que el hecho investigado **no es constitutivo de detrimento patrimonial** causado a la entidad presuntamente afectada.

ARTÍCULO TERCERO: 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 Nº 147 del 20 de abril de 2021**), se ordena así mismo **DESVINCULAR** la Compañía de Seguros Generales Suramericana S.A con NIT 890.903.407-9, quien de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 fuera vinculada a la presente investigación en virtud de la póliza 0475631-6.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR POR ESTADO 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**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

ARTÍCULO QUINTO: 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: Elkin M/ Profesional Universitario II.
Aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica