

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 022 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 020-2016

Medellín, ocho (8) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA	
Providencia Consultada:	Auto N°127 del 14 de abril de 2021, por medio del cual se Archiva el Proceso con radicado 020 de 2016.
Entidad afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EEPMM con NIT. 890.904.996-1.
Presuntos responsables:	<ol style="list-style-type: none"> FERNANDO GUSTAVO VILLA, con cédula de ciudadanía 70.508.070, en calidad de profesional B de Empresas Públicas. ANÍBAL PERDOMO RIVERA, con cédula de ciudadanía 8.16.890, en calidad de representante legal de la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías con Nit. 811.027.302-9. MARÍA TERESA LOAIZA CANO, con cédula de ciudadanía 32.514.432, en calidad de representante legal de la Junta Administradora Acueducto Manzanillo, con Nit. 811.027.456-4.
Garante:	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, póliza 20057 (folios 83 al 100).
Hecho investigado:	<p>Hecho 1: “El hallazgo producto de la Auditoría Regular realizada a Empresas Públicas de Medellín vigencia 2014, se refiere a unas presuntas irregularidades presentadas con el manejo del ANTICIPO, relacionado con el contrato CT-2013-000506, celebrado entre EPM y la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías, contrato en el cual se entregó como anticipo la suma de \$163.170.000, hallándose unos gastos por la suma de 2.763.199, que por su naturaleza no tienen relación con el objeto del contrato”</p> <p>Hecho 2: “El hallazgo producto de la Auditoría Regular realizada a Empresas Públicas de Medellín vigencia 2014, se refiere a unas presuntas irregularidades presentadas con el manejo del ANTICIPO, relacionado con el contrato CT-2013-000509, celebrado entre EPM y la Junta Administradora Acueducto Manzanillo, contrato en el cual se entregó como anticipo la suma de \$165.330.000, hallándose unos gastos por la suma de \$1.219.856, que por su naturaleza no tienen relación con el objeto del contrato”.</p>
Cuantía:	TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$3.983.055.00); (Folios 10 Y11).
Procedimiento:	Ordinario
Decisión:	CONFIRMAR LA DECISIÓN CONSULTADA.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011, Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018, Resoluciones 102 de 2019 y 300 de 2020 (Manual específico de Funciones y competencias laborales), procede a resolver en Grado de Consulta la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 127 del 14 de abril de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 020 de 2016.

II. ANTECEDENTES

El presente Proceso se inició en virtud del hallazgo con incidencia fiscal número 1 y 2 del Informe Definitivo de la Auditoría Regular a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Vigencia 2014, el cual fue trasladado a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva por la Contraloría Auxiliar de Auditoría EPM 3 Agua y Saneamiento Básico, resulta conveniente citar los hechos, que fueron enunciados en el formato de traslado de hallazgos (folios 8 al 11).

2.1 HECHO INVESTIGADO

Mediante memorando radicado 047725-201500014479 del 11 de diciembre de 2015, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 3, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva hallazgos con presunta incidencia fiscal detectados en la Auditoría Regular a Empresas Públicas de Medellín durante la vigencia 2014, presuntas irregularidades que se evidenciaron en los contratos CT 2013-000506 y CT 2013-000509. Dicho hallazgo se compone de dos hechos, el primero se refiere al supuesto manejo inadecuado del anticipo en la ejecución del contrato CT-2013-000506, celebrado entre Empresas Públicas y la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías, en el cual se entregó como anticipo la suma de \$163.170.000, estableciéndose por parte del Equipo Auditor que unos gastos por la suma de \$2.763.199, no tienen relación con el objeto del contrato. En el siguiente cuadro se visualiza los gastos considerados en principio como irregulares:

CONTRATO- CT 2013-000506		
CORPORACIÓN ACUEDUCTO AGUAS FRÍAS		
DESCRIPCIÓN	COMPROBANTE	VALOR
Reembolso caja menor	Restaurante	39.000
Alimentación personal	20	365.000
Refrigerios	31	750.500
Repostería (tortas)	33	75.999

Refrigerios	36	783.200
Refrigerios	40	599.500
Reembolso caja menor	Alimento para el Personal	150.000
TOTAL		2.763.199

Asimismo se reportó como segundo hecho lo referido a unas posibles irregularidades presentadas con el manejo del anticipo, dentro del contrato CT-2013-000509, celebrado entre EPM y la Junta Administradora Acueducto Manzanillo, en virtud del cual se entregó como anticipo la suma de \$165.330.000, configurándose unos gastos por valor de UN MILLÓN DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$1.219.856), que según la Auditoría no tienen relación con el objeto del contrato; los gastos motivo de reproche se relacionan en el siguiente cuadro:

CONTRATO- CT 2013-000509		
JUNTA ADMINISTRADORA ACUEDUCTO MANZANILLO		
DESCRIPCIÓN	No COMPROBANTE	VALOR
Almuerzos y alimentación	7-13-17-21-22-23	387.371
	26-66-80	292.900
	123-124-125	328.835
	197-200-219	210.750
TOTAL		1.219.856

2.2 LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se señaló en el Auto de Apertura a los señores FERNANDO GUSTAVO VILLA VILLA, identificado con la cédula de ciudadanía 70.508.070, Profesional B, (Folio 57), y ANÍBAL PERDOMO RIVERA, identificado con la cédula de ciudadanía 8.316.890 en su condición de Representante Legal de la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías Nit. 811027302-9 y MARÍA TERESA LOAIZA CANO, identificado con la cédula de ciudadanía 32.514.432 Representante Legal de la Junta Administradora Acueducto Manzanillo con Nit 811027456-4.

2.3 LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EPM con NIT. 890.904.996-1.

2.4 LA DETERMINACIÓN DE PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA

Como presunto daño patrimonial, el Equipo Auditor determinó una cuantía de TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$3.983.055.00); (Folios 10 Y11).

2.5 ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 079 del 26 de febrero de 2016, mediante el cual se comisionó a la Abogada ANA BEATRIZ GUERRA DE HERNÁNDEZ, para sustanciar el Proceso con radicado 020 de 2016 (folio 1).
- Auto 080 del 26 de febrero de 2016, por medio del cual se dio Inicio a la Indagación Preliminar dentro del Proceso 020 de 2016 (folios 2 al 3).
- Auto 379 del 16 de noviembre de 2017, se comisionó a la abogada CATALINA DEL PILAR SÁNCHEZ DANIELS, para sustanciar el Proceso con radicado 020 de 2016 (folios 16 al 17).
- Auto 415 del 8 de noviembre de 2016, mediante el cual se reconoció personería al defensor DAVID SUÁREZ TAMAYO (folio 35).
- Auto 060 del 12 de febrero de 2018, mediante el cual se comisionó al Abogado ALBEIRO DE JESÚS PIEDRAHÍTA GÓMEZ, para sustanciar el Proceso con radicado 020 de 2016 (folio 41).
- Auto 096 del 02 de marzo de 2018, por medio del cual se Aperturó el Proceso en contra de FERNANDO GUSTAVO VILLA, con cédula de ciudadanía 70.508.070, en calidad de profesional B de Empresas Públicas, quien fungió como interventor de los contratos CT 2013-000506 y CT 2013-000509, ANÍBAL PERDOMO RIVERA, con cédula de ciudadanía 8.16.890, en calidad de representante legal de la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías con Nit. 811.027.302-9 y la señora MARÍA TERESA LOAIZA CANO, con cédula de ciudadanía 32.514.432, en calidad de representante legal de la Junta Administradora Acueducto Manzanillo, con Nit. 811.027.456-4, (Folios 69 al 75).
- En el del Auto 291 del 3 de mayo de 2019, se comisionó a la abogada CLAUDIA LILIANA SALAZAR SUÁREZ, para sustanciar el Proceso con radicado 020 de 2016 (folios 110 al 111).
- Auto 089 del 03 de febrero de 2020, mediante el cual se comisionó a la Abogada CATALINA DEL PILAR SÁNCHEZ DANIELS, para sustanciar el Proceso con radicado 020 de 2016 (folios 112 al 113).
- El 17 de marzo de 2020, en virtud del Auto 225 la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decide acatar lo ordenado por el Superior sobre la

Suspensión de términos con ocasión de la Pandemia del COVID-19, según Resoluciones expedidas al respecto (folios 118 al 134).

- Auto 276 del 20 de octubre de 2020, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal decide acatar lo ordenado por el Superior en el sentido de LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS (folios 135 al 136).
- Auto 074 del 10 de marzo de 2021, por medio del cual se comisionó al doctor JUAN DIEGO GONZÁLEZ PUERTA, para adelantar y tramitar el Proceso, asimismo se designó al abogado JOSÉ LUIS SALAZAR QUINTERO como apoyo a la gestión para coadyuvar al impulso de las actuaciones procesales (folios 135 al 136).

2.6 RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En el expediente del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal Radicado 020 de 2016, reposa el siguiente acervo probatorio:

- Informe Definitivo de la Auditoría «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Actas de mesas de trabajo «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Póliza 20057 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Respuesta del ente auditado «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Carta de aceptación oferta CT-2013-000506 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Pliegos PC 2013-00487 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Póliza finiquito «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Póliza SIARS «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Seguro Colectivo – Seguros del Estado «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Carta de aceptación Oferta CT-2013-000509 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Propuesta seleccionada CT-2013-000509 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Póliza colectiva del CT-2013-000509 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Póliza SIARD del CT-2013-000509 «CD Folio 20, Cuaderno 1»;
- Propuesta seleccionada CT-00506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 1 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 2 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 3 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 4 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 5 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 6 del CT-2013-000506 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Relación pagos «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Propuesta CT 2013-00509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 1 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 2 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 3 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;

- Acta 4 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 5 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 6 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1»;
- Acta 7 del CT-2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1» y
- Pagos del CT- 2013-000509 «CD Folio 21, Cuaderno 1».

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 127 del 14 de abril de 2021, ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 020 de 2016, basándose principalmente en el argumento consistente en que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial, y por lo tanto, procede la decisión de Archivo (Folio 137 revés).

Igualmente, sostuvo el a quo que con fundamento en el material probatorio arrimado al proceso puede concluir que no hubo daño patrimonial si ese tiene en cuenta que de acuerdo al material probatorio se evidencia que el anticipo se amortizó en su totalidad y la obra fue ejecutada con la observancia de las condiciones técnicas y financieras.

Concluye la primera instancia señalando lo siguiente:

“En consecuencia, debido a que el presunto daño no existe, por sustracción de materia el Despacho procederá a DECLARAR LA CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL POR NO MERITO, dentro del Proceso con Responsabilidad Fiscal con **Radicado 020 de 2016**, y ordenar el Archivo el consecuente Archivo, toda vez que el supuesto detrimento patrimonial reportado por el Equipo Auditor no existió.”

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. 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), reformado por el Acto Legislativo 04 de 2019 incluye la competencia de:

“Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 , normas que fueron reformadas por el Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación,

Por lo tanto, acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, Resoluciones 92 de 2019 y 300 de 2020, estas últimas expedidas por este Ente de Control Fiscal, la Contralora General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del *a quo* y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

En el mismo sentido se debe tener en cuenta que según el Consejo de Estado¹ la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la Ley para cumplir una función administrativa, esto es, “la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto”, lo cual es a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019 y por el artículo 132 del Decreto Ley 403 de 2020, 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 defensor de oficio, en desarrollo del cual se podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público.

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.

El grado de consulta es entonces 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 cuando el implicado estuvo asistido por un defensor de oficio, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque.

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-CP: Guillermo Vargas Ayala, 22 de octubre de 2015, radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

“(...) 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.”².

En cuanto a la decisión en Grado de Consulta, la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97 sostuvo que esta goza de un amplio margen de acción, al señalar:

“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).

Igualmente, el máximo Órgano Constitucional, en Sentencia T-587 de 2002, sobre la consulta sostuvo:

“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

² Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

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

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el Proceso de Responsabilidad Fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C-619/02.

El objeto de la responsabilidad fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional³ y la Ley⁴.

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*

³ Sentencia SU 620 de 1996

⁴ Ley 610 de 2000

menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado...”.

4.3. 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 esgrimidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta superioridad jerárquica establece como problema jurídico, el verificar la acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal establecidos en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto Legislativo 403 de 2020, para determinar si efectivamente como lo sostuvo el a quo, el hecho señalado por el Equipo Auditor y que originó el proceso de responsabilidad fiscal radicado 020 de 2016, no es constitutivo del detrimento patrimonial.

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

Para resolver el problema planteado, el despacho analizará lo siguiente: (i) La acreditación de los elementos de la responsabilidad fiscal, (ii) La figura del Anticipo, y finalmente se emitirá la decisión que en derecho corresponda.

4.3.1. LA ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

La Ley 610 de agosto 15 de 2000, “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de las contralorías”, prescribe:

“Artículo 5° - Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los elementos anteriores”.

Para mayor claridad, esta instancia analizará la acreditación de cada uno de estos elementos en el caso consultado.

EL DAÑO COMO PRIMER ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD.

Según este elemento, para deducir la responsabilidad fiscal es necesario en efecto determinar que el actuar del Investigado causó un Daño Patrimonial, pues tal como lo señalan los artículos 4° y 5° de la Ley 610 de 2000 reformados por el Decreto 403 de 2020, el objeto de la responsabilidad fiscal es el siguiente:

El ARTÍCULO 126 del Decreto 403 modifica el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 6º. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo".

Nos encontramos revisando el actuar del contratista en los siguientes contratos: Contrato CT 2013-000506 celebrado entre Empresas Públicas y la Corporación Junta Administradora Acueducto Aguas Frías, cuyo objeto fue la construcción, referenciación y obras complementarias de las losas para la instalación de los tanques asociados a la planta de tratamiento de agua potable, el tanque de almacenamiento, tanque espesador, los lechos de secado e instalación de las redes eléctricas, correspondientes a la tercera etapa del proyecto de acueducto y alcantarillado de la vereda Corazón el Morro del corregimiento AltaVista del Municipio de Medellín y el contrato CT 2013-000509, celebrados entre Empresas Públicas y la Corporación Junta Administradora Acueducto manzanillo, cuyo objeto es la construcción, referenciación y obras complementarias de caseta de operación y acabados de la vía de acceso a la planta de tratamiento de agua potable, correspondiente a la tercera etapa del proyecto de acueducto y alcantarillado de la vereda corazón el Morro del corregimiento AltaVista del Municipio de Medellín.

Para determinar la existencia del daño patrimonial es preciso revisar la amortización del anticipo, y se logró establecer que los contratistas enunciados amortizaron el anticipo de la siguiente manera, veamos:

- La amortización del anticipo del CT-2013 -000506 se puede sintetizar técnicamente de la siguiente manera:

SALDO	AMORTIZACIÓN
\$ 163.170.000	0
\$ 122.377.500,00	\$ 40.792.500,00
\$ 101.981.250,00	\$ 20.396.250,00
\$ 81.585.000,00	\$ 20.396.250,00
\$ 40.792.500,00	\$ 40.792.500,00
\$ 0,00	\$ 40.792.500,00
TOTAL	\$163.170.000

La amortización del anticipo del CT-2013 -000506 se puede sintetizar técnicamente de la siguiente manera:

Saldo	Amortización
\$ 165.330.000	0
\$ 137.775.000,00	\$ 27.555.000,00
\$ 110.220.000,00	\$ 27.555.000,00
\$ 82.665.000,00	\$ 27.555.000,00
\$ 55.110.000,00	\$ 27.555.000,00
\$ 55.110.000,00	\$ 0,00
\$ 0,00	\$ 55.110.000,00
TOTAL	\$165.330.000

Es decir, con fundamento en lo que antecede, se colige que el anticipo materia de investigación fue completamente amortizado durante el pago de la ejecución de la obra, pues en ambos contratos se pactaron anticipos equivalente al 30% del valor inicial, lo cual corresponde a la suma de CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$163.170.000) y CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$165.330.000) respectivamente, valores que fueron debidamente amortizados.

Adicional a lo anterior, las Actas de Liquidación de los contratos mencionados, dan cuenta de que la obra objeto de ambos contratos fue completamente entregada el trece (13) de septiembre de 2013, y el veintiuno (21) de septiembre de 2013, respectivamente.

La noción de daño, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, corresponde tanto al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona en sí mismo, como a los que puedan comprometer su patrimonio.

El daño patrimonial al Estado está definido en el artículo 6º 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, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.

El daño constituye la médula del Proceso de Responsabilidad Fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de responsabilidad fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina colombiana.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, 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 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 el máximo Órgano de cierre de la Justicia Contenciosa Administrativa, indicó:

"(...) (i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.

La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable que se tenga certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable” (Consejo de Estado, Sentencia del 1° de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01) (NFT).

LOS ELEMENTOS DE NEXO DE CAUSALIDAD Y EL DOLO O LA CULPA GRAVE

En relación con estos dos elementos de responsabilidad fiscal, este Despacho considera que no se procederá a hacer un pronunciamiento de Fondo por ser innecesario en tanto que el primer elemento de responsabilidad, esto es, el Daño patrimonial, el cual se despejó como no acreditado, se encontró que normativa y probatoriamente este no se configuro, por lo que resulta entonces innecesario continuar con el análisis de los dos restantes elementos, cuales son el dolo o la Culpa Grave y el Nexo Causal.

En suma resulta irrelevante la consideración de los elementos de responsabilidad subjetivo y el nexo causal, como quiera que el pilar fundamental de la responsabilidad fiscal se sustenta en el daño patrimonial causado al Estado, y en el caso que nos ocupa, este no existió, si se tiene en cuenta que el cargo cuestionado durante toda la investigación fue el consistente en la indebida destinación de los recursos entregados al contratista a título de anticipo y su destinación contraria a la norma, sin que se hiciera referencia a si existieron o no rendimientos financieros a título de intereses o de fiducia generados por esos dineros en custodia del contratista, y si estos fueron restituidos a la entidad o no.

Aunque en la investigación no se cuestiona esta última conducta, este Despacho si exhorta de manera respetuosa a la primera instancia para que en adelante en los Procesos de Responsabilidad Fiscal, no solo se verifique si los recursos entregados al contratista a título de anticipo fueron o no amortizados, también será indispensable identificar si generan o no unos rendimientos financieros a título de intereses o de fiducia, los cuales en caso afirmativo, le pertenecerían a la entidad pública y que como tal deben ser restituidos por el contratista. Así lo considera la alta corporación contenciosa administrativa.

Así lo ha disciplinado el Consejo de Estado al indicar:

“El anticipo puede ser definido como aquel porcentaje del valor total del contrato celebrado que la Entidad Estatal en su calidad de contratante le entrega al contratista en su calidad de colaborador de la administración con el objeto de que éste pueda sufragar o cubrir los costos iniciales en los que deba incurrir para la ejecución de las obras^[viii].

De ésta forma, se ha entendido que los dineros que la administración entrega a título de anticipo pertenecen a la entidad contratante, son de carácter público u oficial y no ingresan efectivamente al patrimonio del contratista.

Así las cosas, mal puede entenderse que los dineros que se entregan a título de anticipo puedan generar rendimientos económicos o financieros cuando estos ni siquiera pueden ser considerados un activo dentro del patrimonio del contratista, sino que son dineros públicos que entrega la entidad contratante con el objeto de impulsar la ejecución inicial de las obras (...)” (Sentencia del 27 de Enero de 2016, Radicado 05001-23-31-000-2007-03093-01(47105)). (Lo resaltado es nuestro).

“ANTICIPO – Son dineros que se entregan a título de mera tenencia / ANTICIPO – Se trata de recursos públicos que no entran al patrimonio del contratista / RENDIMIENTOS FINANCIEROS DEL ANTICIPO – Obligación de devolverlos a la entidad contratante / RESPONSABILIDAD FISCAL – Por manejo inadecuado del anticipo. No cabe duda alguna en el sentido de que los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, no pasan a ser de su propiedad, pues apenas lo son a título de mera tenencia como quiera que en el sub judice, se le entregaron al contratista para que comenzara la ejecución del objeto del contrato, por lo que el contratista los recibió a título de administrador no de propietario. [...] se observa que el contrato 3405 de 1994 fue explícito en señalar la destinación que el contratista Varela Fiholl le debía dar a los dineros que recibió por concepto de anticipo, resultando de bulto el hecho de que el contratista únicamente los podía destinar para el desarrollo del objeto contractual; en ninguna de sus cláusulas se estipuló que el contratista pudiera constituir una fiducia con dichos dineros y, menos aún acordaron que los excedentes que se generaran eran de propiedad del ahora demandante. Podría afirmarse que el manejo dado por el actor a dichos dineros, fue a espaldas de la empresa contratante. [...] De acuerdo con la Resolución número 11491 del 29 de diciembre de 1997, expedida por la Subgerencia Administrativa de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, la empresa declaró la terminación unilateral del contrato 3405 del 9 de agosto de 1994, cuyo objeto era la construcción del edificio de la Central Telefónica de Marruecos, debido a la oposición de la comunidad habitante del sector, motivo por el que al no ejecutarse el objeto contractual se terminó dicha relación y era obligación del contratista, devolver tanto el anticipo que

se le había entregado como los excedentes producidos por el mismo, de los cuales no se había enterado a la contratante. De allí que no podía pretender el contratista que no obstante la inejecución del contrato, pudiera disponer de los réditos del anticipo que había devuelto a la empresa contratante, pues perdió de vista el principio general del derecho según el cual, lo principal seguía la suerte de lo accesorio, como quiera que se podría configurar en cabeza del contratista un presunto enriquecimiento sin justa causa. [...] La Sala encuentra que no cabe duda que en el presente caso, la Contraloría de Bogotá, al declarar responsable fiscal al ahora demandante, tuvo como razón principal el hecho del manejo inadecuado que le dio al anticipo, por el desconocimiento de la legislación vigente para la celebración del contrato, como lo era la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Consejo de Estado, sentencia del 10 de Marzo de 2016, Radicado 25000-23-24-000-2005-00029-01. CP María Claudia Rojas Lasso).

4.3.2 LA FIGURA JURÍDICA DEL ANTICIPO EN LOS CONTRATOS ESTATALES:

En cualquier clase de contrato es posible que las partes pacten la inclusión del anticipo. Así se puede colegir de una obvia lectura del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando señala que “en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos”.

No obstante habrá de advertir que tal posibilidad tiene un límite y es que el monto pactado en cualquiera de las dos anteriores modalidades no puede exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor respectivo del contrato, al igual que deberá exigirse la correspondiente póliza en el monto o cifra establecida como anticipo de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2.2.1.2.3.1.1.10 del Decreto 1082 de 2015.

Naturaleza del valor entregado como anticipo.

El valor entregado como anticipo no es del contratista, sino de la respectiva entidad estatal contratante, en este caso de la entidad contratante.

Así se ha precisado de manera pacífica y reiterada por el máximo Órgano de cierre de la Justicia Contenciosa Administrativa al indicar, entre otras:

“(...) en consecuencia en los contratos que celebren las entidades estatales es viable la entrega de anticipo o pago anticipado de acuerdo con la naturaleza de la prestación a desarrollar por el contratista.

De una parte, el anticipo, diferente a pago anticipado son dineros de la administración, administrados por el contratista.

Tanto es así que el contratista tiene que presentar una garantía única, en la cual se amparen entre otros, el manejo del anticipo y dicho anticipo lo va amortizando el contratista, por descuentos que le hace la administración a las sumas que esta misma le debe pagar”(Consejo de Estado, sentencia del 10 de Noviembre de 2000, expediente 18709).

Posición jurisprudencial anterior, que no ha variado pues de manera posterior se sostuvo por el Consejo de Estado:

“La diferencia entre estos conceptos está dada por la destinación que debe darse a dicha suma, puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastado por éste sin ninguna limitación “(Sentencia del 7 Septiembre de 2015, Radicado 36878).

Lo antes precisado, no sólo tiene soporte en el acervo jurisprudencial y doctrinario traído a colación, sino que es posible también pactarlo en el contrato por parte de las partes contratantes, en el sentido de que los rendimientos que genere el anticipo entregado y consignado en la cuenta bancaria respectiva, son del **municipio de Bello** pues tal estipulación contractual tiene respaldo legal, en el mismo estatuto contractual. En efecto, el Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establece:

“DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.” (Lo resaltado es nuestro).

Respecto de la misma figura del anticipo esa Alta Corporación lo ha definido en múltiples ocasiones⁵:

(...)En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato.

El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores que disponga para la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada acta parcial de cobro

Así mismo, al anticipo se le ha atribuido una tercera característica, cual es que se trata de una figura aplicable, por regla general, a aquellos contratos que dentro de las clasificaciones tradicionales suelen denominarse de trácto sucesivo, pues es en ellos donde se hace necesario financiar la ejecución del objeto contratado (...)

Igualmente, sobre la naturaleza de los recursos del anticipo el Consejo de Estado⁶ sostuvo:

(...) no puede perderse de vista que los dineros que se le entregan al Contratista por dicho concepto son oficiales o públicos. El pago de dicha suma lo era y lo sigue siendo un adelanto del precio que aún no se ha causado, que la entidad pública contratante hace al contratista para que a la iniciación de los trabajos disponga de unos fondos que le permitan proveerse de materiales y atender los primeros gastos del contrato, tales como los salarios de los trabajadores asignados a la obra. No es otra la razón por la cual adicionalmente se exige que sea garantizada, que se presente un plan para su utilización y que se amortice durante la ejecución del contrato en cada

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22 de junio de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13436.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10607

acta parcial de cobro y que además sea amparado por una póliza de buen manejo y correcta inversión (...) NFT

Ahora bien, respecto a la amortización de los dineros entregados al contratista por concepto de anticipo algunos doctrinantes han sostenido:⁷

(...)el anticipo se devuelve a la entidad mediante la amortización, el cual deberá ser descontado de cada acta de pago que se realice al contratista, según se pacte el porcentaje de obra contractualmente establecido, por lo tanto, una vez amortizado el anticipo, esto marcará el retorno del capital a la entidad contratante(...) NSFT

Así las cosas, el Despacho considera que con base al material probatorio que reposa en el expediente y partiendo además de que el anticipo se amortizó en su totalidad y que la obra fue ejecutada con la observancia de las condiciones técnicas y financieras establecidas en los documentos que hacen parte integrante de los contratos mencionados por lo que se constató que en el caso sub-examine **no existió daño patrimonial** para las Empresas Públicas de Medellín.

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo expresado, sin mayores consideraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, que **el hecho objeto de investigación no es constitutivo de detrimento patrimonial**, esta instancia de consulta considera pertinente CONFIRMAR LA DECISIÓN DE ARCHIVO de la actuación administrativa, en razón a que efectivamente no existió daño patrimonial,

VI. LA DECISIÓN

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

⁷ Derecho público en el siglo XXI, Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos, autores Jaime Cubides Cárdenas, Julián Enrique Pinilla Malagón Jheison Torres Ávila y Germán Vallejo Almeida- Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016- páginas 43 a 64.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto Nº 127 del 14 de abril de 2021**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 020 de 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**.

ARTÍCULO TERCERO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

Proyectó: Beatriz Elena Colorado Arcila – Profesional Universitario 2
Aprobó: María I. Morales S. Jefe O. A. Jurídica