

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°024 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°024 DE 2016

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto N° 220 del 20 de mayo de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 024 de 2016.
Entidad afectada	Empresas Públicas de Medellín, identificada con NIT 890.904.966-1
Presuntos Responsable:	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Juan Esteban Calle Restrepo, identificado con al Cédula de Ciudadanía 70.566.038 en calidad de Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, para la época del hecho investigado. ➤ La Empresa Contratista INGELEL S.A.S con NIT 890.923.633-2 cuyo Representante Legal para la época del hecho investigado es la señora Rubiela Echavarría Peña, identificada con Cédula de Ciudadanía 32.505.011.
Garante:	Seguros Generales Suramericana S.A con NIT 890.903.407-9
Hechos investigado:	El pago de imprevistos sin soportes dentro del contrato CT 2013-00196-0.
Cuantía:	Diez Millones Seiscientos Veintiséis Mil Novecientos Veintisiete Pesos (\$10.626.927).
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 220 del 20 de mayo de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 024 de 2016.

II. ANTECEDENTES

1. HECHO INVESTIGADO

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo fiscal que tuvo soporte en la Auditoría Regular realizada a Empresas Públicas de Medellín, Vigencia 2014 el cual se estructuró por el equipo auditor al remitir el correspondiente traslado (Folio 11 del cuaderno N° 1) de la siguiente forma:

“En la revisión del contrato CT-2013-001960, cuyo objeto es: “Construcción y referenciación de dos (2) tanques de almacenamiento y vías de acceso, las conducciones entre los tanques los Pinos-Encenillos y los Pinos—La Esperanza, de las redes de distribución secundaria, acometidas y obras complementarias para prestar el servicio de acueducto en el sector Alto Palmas en el Municipio de Envigado” se realizaron pagos por imprevistos por valor de \$ 10.626.927. Los imprevistos cancelados se realizaron sin que mediaran los respectivos soportes que permitieran los respectivos soportes que permitieran demostrar la causación de los mismos.

*De acuerdo al pliego de condiciones 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 11, en los que se describe el porcentaje que corresponde a cada factor del AIU”.*

Hallazgo anterior que se cuantificó por parte del Equipo Auditor en Diez Millones Seiscientos Veintiséis Mil Novecientos Veintisiete Pesos (\$10.626.927).

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

- Juan Esteban Calle Restrepo, identificado con al Cédula de Ciudadanía 70.566.038 en calidad de Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, para la época del hecho investigado.
- La Empresa Contratista INGELEL S.A.S con NIT 890.923.633-2 cuyo Representante Legal para la época del hcho investigado es la señora Rubiela Echavarría Peña, identificada con Cédula de Ciudadanía 32.505.011

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a 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 Empresas Públicas de Medellín se determinó la suma de Diez Millones Seiscientos Veintiséis Mil Novecientos Veintisiete Pesos (\$10.626.927).

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A., con NIT 890.903.407-9

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 114 del 9 de marzo de 2018, por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal 024 de 2016 (Folios 32 al 56 del Cuaderno 1).
- Auto 038 del 6 de febrero de 2019 “por medio del cual se incorpora unas pruebas (Folios 336 al 340, cuaderno 2).
- Auto 726 del 29 de noviembre de 2018 “por medio del cual se traslada unas pruebas” (Folios 331 al 332 del Cuaderno 2).
- Auto 737 de 2018 “Por medio del cual se incorpora una prueba” (Folio 334 del Cuaderno 2).
- Por medio de Auto 220 del 20 de mayo de 2021, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 024 de 2016 (Folios 416 al 445 del cuaderno 3).
- El 1 de junio de 2021 se efectúa la remisión del expediente 024 de 2016, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 448 del Cuaderno 3).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N°220 del 20 de mayo de 2021, declaró la Cesación de la Acción Fiscal por no Mérito del proceso con Responsabilidad Fiscal 024 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 cimiento en lo que con relación al régimen de contratación de EPM estableció el artículo tercero (3°) 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 3° de la Ley 689 de 2001.

Cimiento su decisión de manera cardinal el a-quo en razón a que para la época de los hechos objeto de investigación no existía norma que señalará expresamente la obligación de soportar y justificar la causación de imprevistos.

Incertidumbre anterior por la cual otros Órganos de Control como la Contraloría General de Antioquia, decidieron archivar los procesos, como bien se evidencia en fallos que se incorporaron al plenario como lo son los proferidos mediante Autos 079 del 26 de marzo de 2014 dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 364 del 2012; 671 del 7 de noviembre de 2014, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 149 del 2013 y 201 del 22 de octubre de 2013, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 170 de 2013.¹

En igual sentido se ha pronunciado la Contraloría General de Medellín, en Autos 006 del 14 de abril de 2015, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 113 de 2012; 10 del 27 de abril de 2015, dentro del Proceso con Responsabilidad Fiscal 049 de 2013; 05 del 16 de abril de 2015, dentro del Proceso con Responsabilidad fiscal 115 del 2012; 035 del 6 de octubre de 2015, dentro del Proceso con Responsabilidad Fiscal 050 de 2013.²

Arguye el instructor de instancia que el pago objeto de reproche fiscal no proviene de una conducta antieconómica, inoportuna, deficiente, antijurídica de los presuntos responsables fiscales por lo que no existe un daño patrimonial.

Por tanto, al no existir grado de certeza, no es posible en autos pregonar responsabilidad fiscal de los presuntos responsables, cimentado su reflexión en este aspecto, con criterios jurisprudenciales que en tal aspecto ha trazado el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa³

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.

¹ Obrantes de manera respectiva en Folios 227 al 256 del Cuaderno 2.

² Obrantes de manera respectiva en Folios 257 al 325 del Cuaderno 2

³ Sentencias del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01 y sentencia del 1° de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

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.

Se cimienta por otra parte, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República⁴, data de una calenda anterior a los supuestos hechos que generó el hallazgo fiscal 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 aún 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 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 injiere 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

⁴ Contraloría General de la República, Concepto 2012EE0071253

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 Contralora 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.”⁵.

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 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.

⁵ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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 Constitucional⁶ y la Ley⁷.

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 2000⁸, 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 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 presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa.

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

⁶ Sentencia SU 620 de 1996

⁷ Ley 610 de 2000

⁸ Modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020

(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 3° se estableció su régimen jurídico, en el cual se prescribe que sus actos y contratos, se regirían por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Ley o la Constitución Política.

Por otra parte, es necesario precisar, que el legislador, tanto en las Leyes 142 de 1994, como en la 689 de 2001, estableció y reiteró el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como es el caso objeto de averiguatorio fiscal.

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

Posición que hoy en día es pacífica, desde la jurisprudencia, cuando en tal aspecto y entre otras se ha enseñado⁹: *“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 3°, al modificar el 31 de la ley 142 de 1994, por excluir expresamente, como regla general, de cualquier a la contratación pública del Estado”.*

Criterio jurisprudencial que se ha mantenido incólume al precisarse por el juez natural de las controversias contractuales¹⁰:

“(…) como se señaló en líneas precedentes, Empresas públicas de Neiva, entidad contratante, ostentaba la naturaleza jurídica de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, en esta medida, podría pensarse en principio que el contrato se rige por el Estatuto de Contratación de las entidades estatales, ley 80 de 1993, pues se trataba de una de las entidades referidas en su artículo 2°, como sujeto a sus disposiciones. No ostante los contratos, los contratos de prestación de servicios públicos domiciliarios celebrados por una empresa de Servicios públicos domiciliarios están regidos por el derecho privado”.

⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2015, Radicado 880012331000200101004-01)

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado 41001-23-31-000-03907-01

Bajo esa óptica entonces, observa esta superioridad jerárquica, que desde el mismo traslado del presunto hallazgo fiscal efectuado por el Equipo Auditor (folios 7 al 8 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 fiscal, cuando se afirma por parte del Equipo Auditor:¹¹ “*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 pagaran en el (AIUI, administración, imprevistos, utilidad e impacto comunitario del contrato, **es decir quedarán 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 impactarían los precios unitarios de los diferentes ítems, pues los mismos, quedarían incorporados en los respectivos precios unitarios.

Esa estipulación en los pliegos, en una contratación que se regía por el derecho privado obligaba sin dubitación alguna a los futuros proponentes, así lo ha sentenciado el juez natural de las controversias contractuales al rotularse:¹²

“Especial interés reviste la postura del derecho comercial frente al pliego de condiciones, el cual es calificado como oferta mercantil, en los términos del artículo 860 del Código de Comercio.

Art 860 C.Co “En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la mejor postura se desecharán las demás”.

De la normativa citada se desprende el derecho del mejor postor a ser el adjudicatario del contrato ofrecido y, también, el derecho a la reparación del daño causado aquel proponente que, habiendo presentado la mejor postura, se vea despojado de la adjudicación del contrato en forma ilegal, por ejemplo, a través de un requerimiento contrario a las reglas contenidas en la oferta mercantil.

De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del

¹¹ Folios 7 al 8 del Cuaderno 1

¹² Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2016, Radicado 25000-23-26-000-2003-00959-01.

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 señalar¹³: “(...) 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).

Refleja 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 del respectivo contrato. 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 conceptualizado sobre tal aspecto lo siguiente¹⁴:

*“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 también 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 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***

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicado 1996-03577, expediente 205246(6).

¹⁴ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-714 de 2020, Radicado 2202013000011949.

de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico” .
(Negritas fuera de texto).

Observa el Despacho, los pliegos de condiciones PC 2011-008937 de abril de 2013 para la “*Construcción y referenciación de dos (2) tanques de almacenamiento y vías de acceso, las conducciones entre los tanques Los Pinos-Encenillos y los Pinos-la Esperanza, de las redes de distribución secundaria, acometidas y obras complementarias para prestar el servicio de acueducto en el sector Alto Palmas en el Municipio de Evigado*” obrantes en el cartulario investigativo fiscal, en el cual y para el caso objeto de decisión se establecieron en los mismos lo siguiente¹⁵:

“ 2.2.2.1 Valor precios:

*(...) Se advierte expresamente que los precios cotizados por los proponentes, en el Formulario 4, deben considerar y contener el pago de trabajos debeidamente 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 era 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.

Por ende, en corolario necesario refulge que la materialización y posterior soporte del imprevisto no resulta pertinente, pues el mismo hace parte integral del valor del contrato de acuerdo a lo pactado por las partes en la relación negocial objeto de pesquisa fiscal, y en el cual prima la autonomía de la voluntad de los contratantes.

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**; en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 022 de 2016, que se decidió mediante **Auto 015 de 2020**; Proceso de Responsabilidad Fiscal 027 de 2016, el cual se decidió mediante **Auto 016 de 2021**, Proceso de Responsabilidad Fiscal 07 de 2016, el cual se decidió por **Auto 011 de 2021** en los cuales los supuestos fácticos obecen a las mismas condiciones objeto de consulta que en esta oportunidad, nuevamente se acogen.

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,

¹⁵ Cd Folio 31 del Cuaderno1.

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

En igual sentido se indicó:

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

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

Las anteriores reflexiones, serían suficientes para confirmar el 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 suasorio del mismo, en razón a 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 culposos en una determinada circunstancia al señalarse¹⁶: “ (...) 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 confío 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 culposos por parte de los presuntos responsables fiscales, cuando por una parte, su actuar se circunscribe a las condiciones pactadas entre las partes (*EPM y Contratista*) y por la otra, para las calendas 2013 y 2014 (*Fecha del contrato y del Hallazgo Fiscal*), la posición no sólo de éste Órgano de Control sino también, de los otros Órganos de Control Fiscal es que los imprevistos no debían probarse su materialización.

Acótese en otro orden de ideas, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República¹⁷, data de una calenda anterior a los supuestos hechos objeto de reproche fiscal (2013), al considerarse por parte de ese Órgano de Control y con soporte en sentencia del Consejo de Estado: “ (...) en nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos de imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU- administración, imprevistos y utilidades – como factor en el que se incluye 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”.

No puede entonces, endilgarse culpa grave en los presuntos responsables fiscales, cuando para la época de la celebración del contrato (2013) eran pacíficos los criterios por parte de éste Órgano de Control, en el sentido de que los imprevistos no debían probarse su materialización y máxime que se consideraba que los mismos hacían parte integral del precio del contrato, por lo que es forzoso concluir que no se vislumbra una conducta que se pueda enmarcar como gravemente culposa.

Aserción anterior del Despacho que se soporta en decisiones proferidas por éste Órgano de Control y de la Contraloría General de Antioquia, en situaciones fácticas idénticas al que concita el presente pronunciamiento por parte del Despacho, esto es, al pago de

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

¹⁷ Folio 487 del Cuaderno 3, concepto 2012EE0071253

imprevistos y en los que se consignan como argumentos torales de los mismos, que los imprevistos no eran necesario, el acreditar la respectiva materialización de los mismos, pues éstos hacían parte integral del valor del contrato.

En efecto, obra en el cartulario y que fueron incorporados como prueba al plenario mediante Auto 038 del 6 de febrero de 2019¹⁸, los siguientes pronunciamientos:

- Auto 671 del 7 de noviembre de 2014, proferido por la Contraloría General de Antioquia *“por medio del cual se ordena el archivo del proceso con Radicado 149-2013”*(Folios 240 al 246 del Cuaderno 2).
- Auto 201 del 22 de octubre de 2013, proferido por la Contraloría General de Antioquia *“Por medio del cual se dispone el archivo del proceso de Responsabilidad Fiscal 170 de 2013”* (Folios 247 al 256 del Cuaderno 2).
- Acta de Audiencia de Fallo del 11 de marzo de 2015, proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Medellín dentro del proceso con Responsabilidad Fiscal 049 de 2013 (Folios 260 al 271 del Cuaderno N°2). Confirmado mediante Auto 010 de 2015 (Folios 272 al 275 del Cuaderno N° 2)
- Auto 006 de 2015 del 14 de abril de 2015, proferido por la Contraloría General de Medellín *“Por medio del cual se resuelve un grado de consulta del Proceso con Responsabilidad Fiscal 113 de 2012”* (Folios 299 al 304 del Cuaderno N°2) en el cual se confirmó la decisión de instancia que archiva el Proceso de Responsabilidad Fiscal.
- Auto 05 de 2015 del 16 de abril de 2015, proferido por la Contraloría General de Medellín *“Por medio del cual se resuelve un grado de consulta del Proceso con Responsabilidad Fiscal 115 de 2012”* (Folios 305 al 310 del Cuaderno 2) en el cual se confirmó la decisión de instancia que archiva el proceso de Responsabilidad Fiscal.
- Auto 035 de 2015, proferido por la Contraloría General de Medellín *“Por medio del cual se resuelve un grado de consulta del Proceso de Responsabilidad Fiscal 050 de 2013”* (Folios 322 al 325 del Cuaderno 2) en el cual se confirmó la decisión de instancia que archiva el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Por ende, debe colegir el Despacho que no se desplegó por parte de los presuntos responsables fiscales una conducta gravemente culpable, aserto que además de lo acotado de manera precedente, se respalda con criterio jurisprudencial vinculante del Consejo de Estado, al señalar en este aspecto¹⁹:

“[...] 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

¹⁸ Folios 336 al 340 del Cuaderno 2

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.

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 habiendolo previsto, confió en poder evitarlo. Tambien por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habria incurrido 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 hermanoz Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularemnet 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 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 detrimento 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 detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.” (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 resolutive 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 asegurado²⁰, en autos al decretarse el archivo del proceso de responsabilidad fiscal, 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

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 220 del 20 de mayo de 2021**, por medio de la cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 024 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 resolutive de dicho proveído (**Auto N° 220 del 20 de mayo de 2021**), se ordena así mismo **DESVINCULAR** la Compañía de Seguros **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 al Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 024 de 2016.

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**.

²⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de octubre de 2019, Radicado 25000232400020030005401

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 Montoya R. / Profesional Universitario II
Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica