

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°031 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°008 DE 2015

Medellín, primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto N° 360 del 26 de julio de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 008 de 2015.
Entidad afectada	Empresas Públicas de Medellín, con NIT 890.904.966-1.
Presuntos Responsable:	OSCAR MARIO LOPERA POSADA, con cédula 71.599.953, EFRAÍN VILLA ESCOBAR, con cédula 70.053.524, JACQUES LOUIS CERPA JARRÓN, con cédula 3.670.747, FERNANDO GUSTAVO VILLA, con cédula 70.508.070, JOHN JAIRO CAMINO VARGAS, con cédula 71.658.591 CLAUDIA MEJÍA RESTREPO, con cédula 42.681.985, CLAUDIA AMPARO GALLEGU MALDONADO, con cédula 43.505.023, DIANA MARÍA SIERRA RESTREPO, con cédula 42.889.067, FRANCISCO JAVIER OCAMPO MORALES, con cédula 70.043.829, JOHN JAIME MONTOYA RIVERA, con cédula 15.483.373, MARIA EDITH MADRIGAL, con cédula 32.019.531, ANA MARIA ZAPATA, con cédula 42.686.883, ÁLVARO ÁLVAREZ MONSALVE, con cédula 71.585.532, LUZ MARLENY URAN PÉREZ, con cédula 42.962.054, MARTHA LUCÍA CHAVARRÍA MUÑOZ, con cédula 43.062.097, ROSA AMELIA CARVAJAL HERRERA, con cédula 43.508.132, WILSON DE JESÚS GARCÍA CARDONA, con cédula 71.113.476, JOSÉ PABLO SÁNCHEZ CASTAÑEDA, con cédula 3.426.735, EUGENIA DUQUE GALEANO, con cédula 42.896.657, GUILLERMO DE JESÚS OBANDO GIRALDO, con cédula 15.253.941, JOSÉ TIBERIO GIL ALZATE, con cédula 70.321.413, MARTHA LUCÍA ESPINOSA HERRERA, con cédula 43.051.773, RUTH ESTELLA TORRES ÁLVAREZ, con cédula 43.056.988, NURY ELIZABETH RAMÍREZ ZAPATA, con cédula 43.571.493, DIOMER DE JESÚS DURANGO, con cédula 98.463.951, LUZ ADRIANA HINCAPIÉ MUÑOZ, con cédula 43.082.670, HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ, cédula 70.134.831, FLOR MIREYA VALLE CADAVID, con cédula 32.310.348, DANEYI DEL SOCORRO RAMÍREZ, con cédula 42.793.857, JESÚS ANTONIO MARULANDA LÓPEZ, con cédula 71.760.178, YASMINA BETTY CÓRDOBA PALACIOS, con cédula 52.261.448, DAVID ORLANDO PATIÑO, con cédula 98.703.289, ALBA NELLY ÁLVAREZ ÁLVAREZ, con cédula 43.520.390, CARLOS MARIO GARCÍA, con cédula 71.731.901, LUZ MERY ARAQUE JARAMILLO, con cédula 43.405.317, GERMÁN DARÍO GRACIANO, con cédula 15.511.183, MARTHA LUCÍA PALACIO ÁLVAREZ, con cédula 43.066.191, BERNARDO MAURICIO UPEGUI RUÍZ, con cédula 70.056.847, JUAN CARLOS TORRES ARENAS, con cédula 71.687.093, BEATRIZ ELENA JARAMILLO VARGAS, con cédula 42.997.994, LINA MARÍA SIERRA LEMA, con cédula 43.539.272, RAMÓN ALONSO ALZATE MONTOYA, con cédula 70.074.135 y JHON JAIRO ORTEGA CADAVID, con cédula 79.540.567.

Garantes:	Seguros Generales Suramericana S.A con NIT 890.903.407-9 y AON BENFIELD COLOMBIA LTDA CORREDORES de REASEGURADORES con NIT 800.149.816.-6.
Hechos investigados:	UNO: pago de imprevistos sin soporte por valor de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$134.875.937). DOS: Irregularidades en el manejo del anticipo por valor de NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS (\$96.310.148) por la irregularidad en la destinación del anticipo.
Cuantía:	DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y CINCO PESOS (\$231.186.085).
Decisión:	CONFIRMA Y ACLARA LA DECISIÓN CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 y 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 360 del 26 de julio de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 008 de 2015.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS INVESTIGADOS:

A través del memorando¹ la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM. 3 Aguas y Saneamiento Básico remitió a la Contraloría de Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín puso en conocimiento del hallazgo fiscal detectado durante el desarrollo de la Auditoría Especial a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., vigencia 2013 “*Proyectos de Habilitación de viviendas e inversiones en la infraestructura*”. Dicho hallazgo versa sobre el pago de imprevistos sin soportes dentro de contratos de ese proyecto “*Proyectos de habilitación de viviendas e inversiones en la infraestructura*”.

¹ Folios 4 al 5 vuelto del Cuaderno 1.

De igual manera el Equipo Auditor reportó supuestas irregularidades en el manejo de anticipos, por pago que se realizó de dichos anticipos por conceptos diferentes de lo establecido para la destinación de esos recursos.

El presunto daño se determinó por parte del Equipo Auditor, la suma total de **DOSCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL OCHENTA Y CINCO PESOS (\$231.186.085)**. Dicha cuantía se compone de **NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS (\$96.310.148)** por la irregularidad en la destinación del anticipo, y **CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$134.875.937)** por pago de imprevistos sin soportes.

En el cuadro número 1, aparece la relación de contratos en los cuales se pagó Imprevistos sin soportes y en el cuadro número 2, aparece los contratos en los cuales se realizó pagos por conceptos diferentes a los del contrato con los anticipos, a continuación se plasman dichos cuadros, según lo establecido en el presunto hallazgo fiscal al momento de estructurarse el mismo.

Cuadro 1. Imprevistos sin soportes

VALOR IMPREVISTOS PAGADOS		
N° CONTRATO	CONTRATISTA	VALOR PAGADO
CT-2012-000282	J.A.C. Zafra-Sucre	\$ 3.486.830,00
CT-2012-000669	J.A.C Barrio Eduardo Santos	\$ 3.998.869,00
CT-2012-001111	Unión Temporal Palgran	\$ 3.998.125,00
CT-2012-001112	U.T. J.A.C Caracolí-Fuente Clara	\$ 2.846.195,00
CT-2012-001113	J.A.C Barrio L a Esperanza Sector María Auxiliadora	\$ 3.822.559,00
CT-2012-001114	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 3.858.802,00
CT-2012-001115	J.A.C Barrio Loreto y Nacional	\$ 3.378.631,00
CT-2012-001116	J.A.C. Barrio El Compromiso	\$ 3.117.462,00
CT-2012-001117	J.A.C Barrio La Chuscala	\$ 3.985.534,00
CT-2012-001118	U.T. J.A.C. Pradito- Porvenir 2012	\$ 4.106.462,00
CT-2012-001119	J.A.C Vereda Juan Cojo	\$ 3.910.039,00
CT-2013-000193	Unión Temporal Divisa-Massavielle	\$ 3.183.609,00
CT-2013-000194	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 3.885.285,00
CT-2013-000195	J.A.C Barrio Loreto y Nacional	\$ 3.958.322,00
CT-2013-00196	J.A.C Barrio San Rafael	\$ 3.573.682,00
CT-2013-000197	J.A.C Barrio Villa Turbay	\$ 3.860.116,00
CT-2013-000198	J.A.C Barrio Las Orquídeas	\$ 3.910.000,00
CT-2013-000199	J.A.C Barrio L a Azulita Parte Alta	\$ 3.192.475,00
CT-2013-001633	J.A.C Barrio Las Golondrinas	\$ 3.906.117,00
CT-2013-001634	J.A.C Barrio Eduardo Santos	\$ 188.588,00

Continuación Cuadro 1. Imprevistos sin soportes

VALOR IMPREVISTOS PAGADOS		
N° CONTRATO	CONTRATISTA	VALOR PAGADO
CT-2013-001635	J.A.C Barrio Llanaditas	\$ 4.057.841,00
CT-2013-001636	J.A.C Barrio El Pacífico	\$ 4.179.058,00
CT-2013-001637	J.A.C Barrio Llanaditas Sector Altos de la Torre	\$ 3.899.668,00
CT-2013-001638	J.A.C Monte Verde	\$ 5.780.000,00
CT-2013-001639	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 4.074.456,00
CT-2013-001640	J.A.C Barrio El Corazón Sector Tanques	\$ 3.940.227,00
CT-2013-001641	J.A.C Vereda El Corazón- El Morro	\$ 3.990.025,00
CT-2013-001642	J.A.C Barrio Loreto y Nacional	\$ 4.015.555,00
CT-2013-001643	J.A.C Popular 2 Parte Alta	\$ 3.500.000,00
CT-2013-001644	J.A.C Barrio Villa Turbay	\$ 3.730.007,00
CT-2013-001645	J.A.C Barrio El Corazón	\$ 4.009.224,00
CT-2013-002583	Electroingenierías Upegüi S.A.S	\$ 7.155.114,00
CT-2013-002655	Conred S.A	\$ 12.377.061,00
	TOTAL IMPREVISTOS PAGADOS	\$ 134.875.938,00

Cuadro 2. Contratos

VALOR PAGOS ANTICIPO		
N° CONTRATO	CONTRATISTA	VALOR PAGADO
CT-2012-000282	J.A.C. Zafra-Sucre	\$ 1.031.500,00
CT-2012-000669	J.A.C Barrio Eduardo Santos	\$ 441.400,00
CT-2012-001111	Unión Temporal Palgran	\$ 1.024.800,00
CT-2012-001112	U.T. J.A.C Caracol-Fuente Clara	\$ 897.381,00
CT-2012-001113	J.A.C Barrio L a Esperanza Sector María Auxiliadora	\$ 3.383.102,00
CT-2012-001114	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 588.471,00
CT-2012-001116	J.A.C. Barrio El Compromiso	\$ 49.904.170,00
CT-2012-001117	J.A.C Barrio La Chuscala	\$ 907.200,00
CT-2012-001118	U.T. J.A.C. Pradito- Porvenir 2012	\$ 3.326.949,00
CT-2013-000193	Unión Temporal Divisa-Massavielle	\$ 1.454.073,00
CT-2013-000194	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 456.700,00
CT-2013-000195	J.A.C Barrio Loreto y Nacional	\$ 17.687.003,00
CT-2013-00196	J.A.C Barrio San Rafael	\$ 273.000,00
CT-2013-000197	J.A.C Barrio Villa Turbay	\$ 163.328,00
CT-2013-000198	J.A.C Barrio Las Orquídeas	\$ 98.900,00
CT-2013-000199	J.A.C Barrio L a Azulita Parte Alta	\$ 398.700,00
CT-2013-001633	J.A.C Barrio Las Golondrinas	\$ 973.921,00

Continuación Cuadro 2. Contratos

VALOR PAGOS ANTICIPO		
N° CONTRATO	CONTRATISTA	VALOR PAGADO
CT-2013-001637	J.A.C Barrio Llanaditas Sector Altos de la Torre	\$ 1.805.084,00
CT-2013-001638	J.A.C Monte Verde	\$ 2.044.154,00
CT-2013-001639	J.A.C Barrio Nuevos Conquistadores	\$ 64.444,00
CT-2013-001640	J.A.C Barrio El Corazón Sector Tanques	\$ 4.106.656,00
CT-2013-001641	J.A.C Vereda El Corazón- El Morro	\$ 1.740.020,00
CT-2013-001642	J.A.C Barrio Loreto y Nacional	\$ 1.620.692,00
CT-2013-001643	J.A.C Popular 2 Parte Alta	\$ 1.482.300,00
CT-2013-001644	J.A.C Barrio Villa Turbay	\$ 308.200,00
CT-2013-001645	J.A.C Barrio El Corazón	\$ 128.000,00
TOTAL PAGOS ANTICIPO		\$ 96.310.148,00

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se determinó en los Autos de Apertura 181 del 13 de junio de 2017² y 313 del 15 de junio de 2018³(adición) se vincularon de manera respectiva, a los siguientes presuntos responsables fiscales:

- OSCAR MARIO LOPERA POSADA, con cédula 71.599.953.
- EFRAÍN VILLA ESCOBAR, con cédula 70.053.524.
- JACQUES LOUIS CERPA JARRÓN, con cédula 3.670.747.
- FERNANDO GUSTAVO VILLA, con cédula 70.508.070.
- JOHN JAIRO CAMINO VARGAS, con cédula 71.658.591.
- CLAUDIA MEJÍA RESTREPO, con cédula 42.681.985.
- CLAUDIA AMPARO GALLEGU MALDONADO, con cédula 43.505.023.
- DIANA MARÍA SIERRA RESTREPO, con cédula 42.889.067.
- FRANCISCO JAVIER OCAMPO MORALES, con cédula 70.043.829.
- JOHN JAIME MONTOYA RIVERA, con cédula 15.483.373.
- MARIA EDITH MADRIGAL, con cédula 32.019.531.
- ANA MARÍA ZAPATA, con cédula 42.686.883.
- ÁLVARO ÁLVAREZ MONSALVE, con cédula 71.585.532.
- LUZ MARLENY URÁN PÉREZ, con cédula 42.962.054.
- MARTHA LUCIA CHAVARRÍA MUÑOZ, con cédula 43.062.097.
- ROSA AMELIA CARVAJAL HERRERA, con cédula 43.508.132.
- WILSON DE JESÚS GARCÍA CARDONA, con cédula 71.113.476.

² Folios 140 al 146 del Cuaderno 1

³ Folios 371 al 401 del Cuaderno 2

- JOSÉ PABLO SÁNCHEZ CASTAÑEDA, con cédula 3.426.735.
- EUGENIA DUQUE GALEANO, con cédula 42.896.657.
- GUILLERMO DE JESÚS OBANDO GIRALDO, con cédula 15.253.941.
- JOSÉ TIBERIO GIL ALZATE, con cédula 70.321.413.
- MARTHA LUCÍA ESPINOSA HERRERA, con cédula 43.051.773.
- RUTH ESTELLA TORRES ÁLVAREZ, con cédula 43.056.988.
- NURY ELIZABETH RAMÍREZ ZAPATA, con cédula 43.571.493.
- DIOMER DE JESÚS DURANGO, con cédula 98.463.951.
- LUZ ADRIANA HINCAPIÉ MUÑOZ, con cédula 43.082.670.
- HERNÁN DE JESÚS VÉLEZ, cédula 70.134.831.
- FLOR MIREYA VALLE CADAVID, con cédula 32.310.348.
- DANEYI DEL SOCORRO RAMÍREZ, con cédula 42.793.857.
- JESÚS ANTONIO MARULANDA LÓPEZ, con cédula 71.760.178.
- YASMINA BETTY CÓRDOBA PALACIOS, con cédula 52.261.448.
- DAVID ORLANDO PATIÑO, con cédula 98.703.289.
- ALBA NELLY ÁLVAREZ ÁLVAREZ, con cédula 43.520.390.
- CARLOS MARIO GARCÍA, con cédula 71.731.901.
- LUZ MERY ARAQUE JARAMILLO, con cédula 43.405.317.
- GERMÁN DARÍO GRACIANO, con cédula 15.511.183.
- MATHA LUCÍA PALACIO ÁLVAREZ, con cédula 43.066.191.
- BERNARDO MAURICIO UPEGÜI RUÍZ, con cédula 70.056.847.
- JUAN CARLOS TORRES ARENAS, con cédula 71.687.093.
- BEATRIZ ELENA JARAMILLO VARGAS, con cédula 42.997.994.
- LINA MARÍA SIERRA LEMA, con cédula 43.539.272.
- RAMÓN ALONSO ALZATE MONTOYA, con cédula 70.074.135.
- JHON JAIRO ORTEGA CADAVID, con cédula 79.540.567.

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

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

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado a la Empresas Públicas de Medellín se determinó la suma **Doscientos Treinta y Un Millones Ciento Ochenta y Seis Mil Ochenta Y Cinco Pesos (\$231.186.085).**

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Seguros Generales Suramericana S.A con NIT 890.903.407-9 y AON BENFIELD COLOMBIA LTDA CORREDORES de REASEGURADORES con NIT 800.149.816.-6.

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 462 del 25 de noviembre de 2015, por medio del cual se ordena iniciar la indagación preliminar en el trámite con radicado 008 de 2015 (Folio 43 al 45 vuelto, cuaderno 1).
- Auto 181 del 13 de junio de 2017 por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal 008 de 2015 (Folios 140 al 146, Cuaderno N° 1).
- Auto 313 del 15 de junio de 2018, por medio del cual se adiciona el Auto 181 del 13 de junio de 2017 que abrió el proceso de Responsabilidad Fiscal 008 de 2015 (Folios 371 al 401 del Cuaderno N° 2).
- Por medio de Auto 360 del 26 de julio de 2021, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 008 de 2015 (Folios 790 al 825 del Cuaderno N° 4).
- Auto 385 del 3 de agosto de 2021 por medio del cual se aclara el Auto 360 del 26 de julio que archiva el proceso con relación al nombre de una de las aseguradoras garantes en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 008 de 2015. (Folios 831 al 833 del Cuaderno 4).
- El 6 de agosto de 2021 se efectúa la remisión del expediente 008 de 2015, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 836 del Cuaderno 4).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 360 del 26 de julio de 2021, declaró la Cesación de la Acción Fiscal por no Mérito del proceso con Responsabilidad Fiscal 008 de 2015 y que concita el conocimiento de esta instancia; para lo cual el Despacho sintetizara los aspectos más relevantes de la decisión de instancia, las cuales se arguyeron así por el a quo:

Sostiene el a-quo que el dinero destinado al anticipo en un contrato estatal es de naturaleza pública y sólo entra a la esfera del patrimonio privado cuando el precio sea

efectivamente causado de tal suerte que en Autos, habiéndose cumplido las obligaciones contractuales y amortizado completamente el anticipo no habrá lugar a pregonarse un daño patrimonial al Estado.

Aserto que sustenta con lo que en tal aspecto ha enseñado la jurisprudencia contenciosa, entre otras:

“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.”⁴ [Negritillas propias]

Igualmente, el instructor de instancia trae a colación la naturaleza de los recursos del anticipo, de acuerdo a lo que en tal aspecto ha sostenido el Consejo de Estado⁵:

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

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 22 de junio de 2001. Expediente 134436 Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10607

Sostiene en otro orden de ideas, que una vez amortizado el anticipo, éste regresa a la esfera del patrimonio público, con báculo en lo sostenido por la doctrina, cuando ha indicado⁶:

(...)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(...)

Por tanto, en este aspecto concluye el instructor de primera instancia, que de acuerdo a las actas de liquidación de los contratos obrantes en el plenario, se observa que las mismas se liquidaron sin ninguna glosa por las partes, esto es, sin ninguna novedad, por lo que se deduce que los objetos contractuales fueron debidamente ejecutados, de acuerdo y se itera, a las actas de liquidación de los respectivos contratos que obran en el cartulario fiscal.

Por otra parte y en otro orden de ideas, 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 cimienta 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.

Igualmente, se soporta el a-quo en los argumentos defensivos esgrimidos en la prosecución del averiguatorio fiscal en la que se manifiesta que el valor pagado por imprevistos era pacífico hasta los años 2015 y 2016, en el que no era necesario demostrarlos y máxime que los hechos objeto de investigación datan de la calenda del 2014.

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

Los imprevistos objeto de pesquisa fiscal, hacían parte “del precio acordado en el contrato y se establecen como un porcentaje fijo que ingresa al patrimonio del contratista (...) si al estructurarse la relación comercial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos en que incurre en la ejecución del objeto contractual y por tanto, plantea una partida de imprevistos insuficiente para atender los mismos y eso lo lleva a

⁶ 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.

mayores costos, será él quien tendrá que asumirlos , sin que sea dable recurrir a la entidad estatal para su reparación , pues así tampoco la entidad estatal puede solicitar una devolución de dicho recurso”.

Se soporta igualmente la decisión objeto de consulta, en que existen serias dudas respecto a la materialización del daño patrimonial derivado del pago autorizado de los imprevistos sin mediar soporte, en el entendido de que no hubo la identificación, valoración y distribución de riesgos, como quiera que la forma de pago pactada por las partes así lo permitían.

Los hechos objeto de investigación son del año 2013, calenda para la cual se tenían otras tesis, otras interpretaciones y sobre las cuales no había una posición univoca en los diferentes Órganos de Control Fiscal. En definitiva, sostiene el a-quo que los hallazgos fiscales materia de investigación formulado por el Equipo Auditor dentro de los contratos en cuestión, durante la investigación ha quedado desvirtuado, dado que para la época de los hechos no existía norma expresa que señalará la obligación de soportar y justificar la causación de imprevistos, incertidumbre por la que la Contraloría General de Antioquia decidió Archivar varios Procesos, lo cual se evidenció en los Autos 079 del 26 de marzo de 2014, dentro del radicado 364 de 2012), 671 del 7 de noviembre de 2014, dentro del Proceso 149 de 2013, 201 del 22 de octubre de 2013, dentro del Proceso 170 de 2013. Copia de estas decisiones se ubican en el anexo 1 del Expediente.

En el mismo sentido, también la Contraloría General de Medellín, emitió de una parte Fallos sin Responsabilidad Fiscal y Archivos de Procesos por falta de norma que exija soportes para el pago de imprevistos, los fallos de sin Responsabilidad Fiscal y los Archivos que emitió la Contraloría General de Medellín son los siguientes:

Auto 006 del 14 de abril de 2015, por medio del cual el Despacho de la Contraloría General de Medellín CONFIRMÓ el Fallo sin Responsabilidad Fiscal que emitió la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal dentro del Proceso 113 de 2012, Auto 10 del 27 de abril de 2015, por medio del cual el Superior confirmó la decisión de Fallo sin Responsabilidad que dicto el inferior dentro del radicado 049 de 2013, Auto 05 del 16 de abril de 2015, por medio del cual el Despacho de la Contraloría General de Medellín confirmó el Fallo sin Responsabilidad Fiscal que emitió la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal dentro del Proceso 115 de 2012, Auto 035 del 6 de octubre de 2015, por medio del cual también Despacho de la Contraloría General de Medellín confirmó la decisión de la Cesación Fiscal que emitió la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal dentro del Proceso 050 de 2013. Copia de estas decisiones se ubican en el anexo 1 del Expediente.

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

Arguye en otro orden de ideas, *“que el porcentaje de imprevistos significa, en su origen, la salva guarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la administración cuando se produzcan- ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos- son evaluados a priori en los presupuestos de contratación”*.

Se cimienta por otra parte, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República⁷, data de una calenda anterior a los supuestos hechos que generaron los hallazgos fiscales objeto del presente averiguatorio, el cual se transcribe en lo pertinente, sin que con ello se caiga en una innecesaria tautología.

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

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

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

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

⁷ Contraloría General de la República, Concepto 2012EE0071253

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 ingiere de acuerdo a jurisprudencia del juez colegiado constitucional que no puede predicarse una conducta culposa de los mismos, por lo que en definitiva, en la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales no concurren los elementos axiológicos de la responsabilidad fiscal, como son el daño, la conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre los mismos.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 (modificada parcialmente por el Decreto 403 de 2020) y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, Decreto Legislativo 403 de 2020 y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 150 de 2021 expedida por la Contraloría General de Medellín, la 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 es superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida."*⁸.

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.

⁸ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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 Constitucional⁹ y la Ley¹⁰.

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

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

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

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

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

⁹ Sentencia SU 620 de 1996

¹⁰ Ley 610 de 2000

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, **(ii)** la verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa **(iii)** Naturaleza del anticipo y su correspondiente obligación de amortización. Por lo tanto, se procederá a discernir los tópicos antes precisados:

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

Por Acuerdo Municipal 069 de 1997, expedido por el Concejo Municipal de Medellín se transformó las Empresas Públicas de Medellín en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. En su artículo 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 sea enseñado¹¹: *“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”*.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2015, Radicado 880012331000200101004-01)

Criterio jurisprudencial que se ha mantenido incólume al precisarse por el juez natural de las controversias contractuales¹²

“(...) 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”.

Obra en el cartulario fiscal¹³ las diferentes propuestas presentadas por los oferentes en los contratos objetos de la glosa fiscal, que efectivamente, por concepto de imprevistos, se estableció en uno (1°) por ciento del valor del contrato y que fue debidamente aceptado por la entidad contratante, lo que conlleva a sostener por esta superioridad, que al ofertarse por el oferente y aceptarse por el contratante, los imprevistos hacían **parte del precio en unos contratos que se regían por el derecho privado como es el caso de Autos.**

En el plenario obran¹⁴ las correspondientes propuestas de los contratos objetos de glosa, que reúnen los requisitos del artículo 845 del Código de Comercio y por ende, en una contratación que se rige por el derecho privado, como bien se elucidó en acápites precedentes; constituyen el negocio jurídico y es irrevocable.

Así lo ha disciplinado el máximo Órgano de cierre de la justicia contenciosa al indicar¹⁵:

*“(...) de estas consideraciones se entiende que, en ocasiones “la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los elementos esenciales del convenio, **propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso perfecciona el negocio jurídico**” (Lo resaltado es del Despacho).*

Colombia Compra Eficiente, que de acuerdo al Decreto Ley 4170 de 2011, funge como entidad orientadora en materia de contratación de las diferentes entidades estatales, ha conceptualizado que¹⁶:

*“(...) 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***

¹² Consejo de Estado, Sentencia del 19 de junio de 2020, Radicado 41001-23-31-000-03907-01

¹³ CD 2 Folio 39 del Cuaderno 1

¹⁴ CD 2 Folio 39 del Cuaderno 1

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 3 de septiembre de 2020; Radicado 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003).

¹⁶ Colombia Compra Eficiente, Concepto C-714 de 2020, Radicado 2202013000011949.

pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico”. (Negritas fuera de texto).

El Despacho acogió estas posturas jurisprudenciales traídas a colación, cuando se han decidido disímiles grados de consulta¹⁷ sobre el mismo tópico que nuevamente concitan el conocimiento de esta superioridad jerárquica

Advierte entonces el Despacho y en otro orden de ideas, que el daño patrimonial al Estado se erige como elemento estructurante de la responsabilidad fiscal, y por tanto debe acreditarse el mismo, en **grado de certeza**, para pregonarse la responsabilidad fiscal en un sujeto de control determinado.

Así lo rotulado el máximo Órgano de cierre de la Justicia Contenciosa Administrativa, cuando ha señalado entre otras:

*“cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se 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).*

¹⁷ Procesos de Responsabilidad Fiscal 002; 007;027 y 028 de 2016, entre otros.

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, de que en la presente pesquisa fiscal no se configuró una conducta gravemente culposa de los presuntos responsables fiscales, para lo cual se precisa lo siguiente:

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

La posición que había tenido la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva de esta Agencia Fiscal 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 señalarse¹⁸: “(...) 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 y por la otra, para las calendas 2012 y 2013, la posición no sólo de este Órgano de Control sino también de los otros Órganos de Control Fiscal, es que los imprevistos no debían probarse su materialización.

Acotese en otro orden de ideas, que el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República¹⁹, data de una calenda anterior a los supuestos hechos objeto de reproche fiscal (2012 y 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

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

¹⁹ Folio 487 del Cuaderno 3, concepto 2012EE0071253

reclamados por éste. Existe si una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del regimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ellas”.

Esa era la posicion pacífica de este Órgano de Control, que en tal tópico habia precisado que los imprevistos no debia probarse su materilización, toda vez que los mismos hacian parte integral del precio del contrato.²⁰

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

Anterior reflexión de esta superioridad que se respalda con criterio jurisprudencial vinculante del Consejo de Estado, al señalar en este aspecto²¹:

“[...] Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de una agente que generó un daño antijurídico(injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancia en que actuó; osea, la conducta es culposa cuando cuando el resultado daniño es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o 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 necedad, la temeridad o la incuria del agente”.

(iii) Naturaleza del anticipo y su correspondiente obligación de amortización.

El anticipo, ha sido definido por la jurisprudencia contenciosa²² como un recurso o suma de dinero correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la Entidad Pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido totalmente amortizado.

²⁰ Folios 165 al 303 del anexo 1.

²¹ Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, Sentencia del 16 de mayo de 2019

Es decir, que la **amortización del anticipo** se erige como una obligación cardinal del contratista y obviamente, de la entidad estatal contratante, el de vigilar que el mismo haya sido amortizado en las respectivas actas de avance de la obra, o en su defecto, en la correspondiente acta de liquidación que al efecto se suscriba entre las partes que han celebrado el correspondiente contrato.

Bajo esa premisa basilar de la comprobación de la amortización del anticipo, para el Despacho se erige como obligación insoslayable el verificar que en la pesquisa fiscal obre la correspondiente prueba de la amortización del anticipo en los diferentes contratos objetos de glosa, para así poder pregonar que en este aspecto, no se conculcó el patrimonio público del sujeto de control.

Observa el Despacho que en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que concita el conocimiento de esta superioridad, obran las correspondientes actas de liquidación bilateral de cada uno de los contratos objeto del presente averiguatorio²³, vislumbrándose en cada uno de ellos lo siguiente:

*“ **Valor adeudado al CONTRATISTA:** Actualmente las **EMPRESAS** no le adeuda al contratista ningún valor asociado a los ítems o conceptos objeto del contrato.*

***Valor adeudado por el CONTRATISTA a las EMPRESAS.** Actualmente no se le adeuda a LAS EMPRESAS ningún valor asociado a los ítems o conceptos adjudicados en el contrato, ni por el anticipo ya que el mismo fue amortizado en su totalidad.”*

Actas de liquidación a las cuales se les adjunta a cada una de ellas, los correspondientes anexos en donde consta el ítem, la descripción del ítem, la unidad, el valor unitario del ítem, la cantidad ejecutada y el correspondiente valor, que dan cuenta de la ejecución cabal del contrato.

Ahora bien, el acta de liquidación de un contrato, se erige como la cuenta final que finiquita una determinada relación contractual, en la cual se debe establecer “ *Quien le debe a quien y cuanto*”.

Aserción del Despacho que se soporta en lo que en tal aspecto ha precisado la Jurisprudencia Contenciosa, cuando en tal aspecto ha indicado²⁴:

“(…) La liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de

²³ Folios 1 al 164 del Anexo 1

²⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicado 25199

las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, **quién le debe a quién y cuánto**. Es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual y es en la liquidación en la que deben incluirse los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen. Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo, a través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá la entidad liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo y si esta no lo hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes”.

Así las cosas, debe el Despacho concluir de acuerdo a la prueba documental obrante en la foliatura, que el anticipo en cada uno de los contratos fue debidamente amortizado como atinadamente lo disciplinó el instructor de instancia.

Por otra parte y en otro de ideas, si bien las aseguradoras, en un proceso de responsabilidad fiscal, garantizan **el pronto y efectivo pago de los perjuicios que ocasione la conducta del respectivo asegurado**²⁵, en Autos al decretarse el archivo del proceso, al no constituirse daño alguno al erario público del sujeto de control, ninguna erogación pecuniaria se podrá predicar de aquella y por ello, ninguna consecuencia procesal se podría predicar del garante. Empero, como en el cartulario fiscal obra Auto aclaratorio del Auto de archivo objeto de consulta, en respuesta a la solicitud realizada por uno de los garantes en el sentido de que se efectuara la corrección en una de las letras del nombre de la entidad aseguradora; el Despacho en la parte resolutive de este proveído, así lo señalará y confirmará en el sentido de desvincular a las aseguradoras, como bien se precisó por el a-quo.

De igual forma, el Despacho en claro desarrolló de las facultades que le otorga el grado de consulta, corrigió en el presente proveído el número de las cédulas de ciudadanía de los presuntos responsables fiscales Oscar Mario Lopera Posada, en el sentido de que su número de cédula de ciudadanía no es 71.559.953; sino 71.599.953 de acuerdo a documentos obrantes a folio 160 del Cuaderno 1; folio 234 del cuaderno 2 y folios 269 al 270 del cuaderno 2 (otorgamiento de poder) y de John Jairo Camino Vargas, en el sentido de que su número de cédula de ciudadanía no es 71.558.591; sino 71.658.511 de acuerdo a documentos obrantes a folio 176 del cuaderno 1 y folio 240 del cuaderno 2; y folios 273 al 274 del cuaderno 2 (otorgamiento de poder).

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

²⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de octubre de 2019, Radicado 25000232400020030005401

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 sí 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 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° 360 del 26 de julio de 2021**, por medio de la cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 008 de 2015**, 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: Desvincular del Proceso de Responsabilidad Fiscal **008 de 2015** a la Compañía de Seguros Generales Suramericana S.A., con NIT 890.903.407-9 compañía cesionaria de Royal & Sun Alliance Seguros S.A y a AON BENFIELD COLOMBIA LTDA., Corredores de REASEGURADORES con Nit. 800.149.816-6 por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR POR ESTADO la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín.

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