

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 032 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°045-2016

Medellín, dos (06) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Decisión consultada:	Auto 386 del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021)
Entidad afectada:	Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá, METRO DE MEDELLÍN LTDA.
Hecho Investigado (s):	La aplicación del Acuerdo Metropolitano 001 del 31 de marzo de 2016 <i>“Por medio del cual se exonera el (sic) cobro de la tarifa a los usuarios del modo terrestre férreo por Metro del sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburra SITVA durante los días 1 al 6 de abril de 2016”</i> .
Cuantía Total del daño:	Mil setecientos cuarenta y siete millones setecientos mil pesos (\$1.747.700.000).
Presunto(s) responsable(s):	CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA, cédula 43.626.010- Gerente General del Metro de Medellín.
Decisión Primera Instancia:	Archivo del proceso artículo 47 Ley 610 de 2000
Procedimiento:	Ordinario doble instancia
Decisión en grado de consulta:	CONFIRMA
Garante:	ACE Seguros S.A. Con NIT 860.026.518-6

I. OBJETO DEL GRADO DE CONSULTA

La Contralora General de Medellín, en ejercicio de las facultades prescritas en las leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, y 1474 de 2011, el Decreto Ley 403 de 2020, el Acuerdo Municipal N° 087 de 2018, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*), procede a resolver en **grado de consulta** la decisión contenida en el Auto 386 del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno¹ (2021), por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso.

¹ Expediente recibido para grado de consulta el 11 de agosto de 2021.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. HECHOS OBJETO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

- El proceso inició por la remisión el día 22 de agosto de 2016, mediante memorando 047726-201600009067, visible a folios 2-6 del expediente, de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal de Movilidad, a esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, presunto hallazgo fiscal detectado en cumplimiento de la vigilancia, relacionado con la información requerida a la Gerente General del Metro de Medellín Ltda., atinente a la aplicabilidad del Acuerdo Metropolitano 001 de 2016 “Por medio del cual se exonera el cobro de la tarifa de los usuarios del modo terrestre férreo por Metro del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburra SITVA del 1 al 6 de abril de 2016” y el análisis por la emergencia ambiental de la calidad del aire en la ciudad de Medellín (Folios 2-5).
- El hecho generador del daño, se reportó en dicho informe según formato de traslado de hallazgo con incidencia fiscal, en la aplicabilidad del Acuerdo Metropolitano 001 de 2016, el cual dispuso el no cobro de la tarifa de los usuarios del modo terrestre férreo por Metro del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburra SITVA durante los días 1 al 6 de abril de 2016.
- Se indicó como presunto detrimento patrimonial la suma de mil setecientos cuarenta y siete millones setecientos mil pesos (\$1.747.700.000), suma correspondiente a la exoneración de tarifa en hora valle en el Sistema Metro, Metro Cable y Tranvía del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá SITVA, de 1.114.765 pasajeros, durante los seis (6) días de aplicabilidad del Acuerdo 001 de 2016. Tal como se expone a folios 7 a 8 del expediente.

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto de Apertura 312 del 14 de junio de 2018 se identificó a CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA, cédula 43.626.010, Gerente General del Metro de Medellín para la época de los hechos. Fol. 177.

3. ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra, METRO DE MEDELLÍN LTDA.

4. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

El detrimento patrimonial al Metro de Medellín se cuantificó en mil setecientos cuarenta y siete millones setecientos mil pesos (\$1.747.700.000) Fol. 177.

5. GARANTES VINCULADOS

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva vinculó ACE Seguros S.A Con NIT 860.026.518-6

6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Por medio del Auto 390 del 13 de octubre de 2015 se dio inicio a una indagación preliminar. Fl. 26.
- Mediante Auto 312 del 14 de junio de 2018, se dio Apertura al proceso de Responsabilidad Fiscal, en el cual se tasó el daño patrimonial al Estado en \$1.747.700.000. Se vinculó al proceso a la señora CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA, como presunta responsable fiscal. En dicho Auto se indica que la conducta de la investigada que se reprocha consistió en **haber aplicado el Acuerdo Metropolitano N° 001 de 2016** “*exonerando del pago de la tarifaria (sic) a los pasajeros del servicios (sic) de terrestre férreo durante los días 1 al 6 de abril de 2016*”. Fl. 177.

7. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES INCORPORADOS AL PROCESO.

Para lo que interesa a esta decisión, este Despacho ha constatado y verificado que en este proceso están incorporadas al expediente las siguientes pruebas:

- Resoluciones 000379 del 8 de marzo de 2016 y 000421 del 29 de marzo sobre la contingencia ambiental en el Área Metropolitana de Medellín. Fl. 52, 56.
- Acuerdo Metropolitano 001 de marzo 31 de 2016², por medio del cual se autorizó la exoneración de tarifa cero al Metro del 1 al 6 de abril de 2016. Folios 44 al 58.
- Acuerdo Metropolitano 10 de 2013. El artículo 38 señala que la Junta Metropolitana tendrá entre otras atribuciones en materia de transporte “**2. Fijar las tarifas del servicio de transporte público masivo y metropolitano**, de acuerdo a su competencia.

² Firman Federico Gutierrez -presidente Junta y Eugenio Prieto –Secretario Junta. Fl. 45.

3. Ejercer las funciones de autoridad de transporte en coordinación con lo dispuesto en la implementación del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá SI TVA". Fl. 61.

- Oficio rad. 2016000181 del 26 de abril de 2016 de la Gerente del Metro en el cual da explicaciones sobre la aplicación del Acuerdo 001 de 2016 Fl. 7.
- Oficio N° 005401 de 6 de mayo de 2016 del Área Metropolitana. Explicaciones del por qué no hay daño patrimonial dados los efectos positivos en el ambiente y la salud de las medidas adaptadas Fl. 50.
- Demanda ante Tribunal Administrativo de Antioquia, radicado 05001233300020160198300, del 30 de agosto de 2016, de reparación directa por los daños causados por la exoneración de tarifa del Metro. Demandado: Área Metropolitana del Valle de Aburrá. Demandante: Metro de Medellín. Pretensiones \$1.747.000.000. Título de imputación: daño especial, pues el Área Metropolitana sí tenía competencia para fijar las tarifas, aun a costo cero para el usuario, no obstante ello causó un daño antijurídico al Metro de Medellín, pues le impuso un sacrificio especial, adicional y especial Fl. 114. 120, 162, 163.
- Acuerdo Metropolitano 22 de 2015. Tarifas Metro año 2016. Fl. 127.
- Póliza Chubb Seguros Colombia N° 12/283331. Fl. 201.
- Respuesta Área Metropolitana devolución dineros del 17 de julio de 2019. Fl. 464.
- Oficio Área Metropolitana devolución dineros del 6 de mayo de 2019. Reitera la tesis de la ausencia de daño Fl. 467.
- Resolución 126 del 17 de marzo de 2020 por medio de la cual se suspendieron los términos, entre otros dentro de los procesos de Responsabilidad Fiscal entre el 18 y 31 de marzo de 2020, ambas fechas inclusive; suspensión que fue posteriormente prorrogada mediante las Resoluciones 135 del 24 de marzo, 138 del 9 de abril y 143 del 27 de abril de 2020. Fl. 532.
- Resolución 392 del 14 de octubre de 2020, "*Por la cual se reanudan los términos dentro de las Indagaciones Preliminares Fiscales, los Procesos de Responsabilidad Fiscal, Jurisdicción Coactiva, Administrativos Sancionatorios Fiscales y Disciplinarios, que se adelantan en la Contraloría General de Medellín*" Fl. 540.
- CD declaración juramentada de Claudia Patricia Restrepo Montoya del 21 de febrero de 2017, según prueba decretada en el Auto de Apertura N° 312 de 2018 Fl. 112.

- Citación a versión libre de Claudia Patricia Restrepo Montoya del 28 de mayo de 2021³. (No se realizó) Fl. 548.

III. LA DECISIÓN CONSULTADA

Corresponde al Auto 386 del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proceso radicado 045-2016, por el cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió i) Ordenar el archivo del proceso ordinario de responsabilidad fiscal 045 – 2016, a favor de la doctora CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA quien se desempeñó como Gerente del Metro de Medellín Ltda.; ii) Desvincular del proceso a como tercero civilmente responsable a la Compañía de Seguros ACE Seguros S.A con NIT 860.026.518-6, en virtud de la póliza de responsabilidad civil de Directores y Administradores N° 1828, con vigencia del 16 de octubre de 2015 al 16 de octubre de 2016. Fl. 557.

Entre los argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, el Despacho los resume así:

Expresa que según el informe de Auditoría, del 1 al 6 de abril de 2016 el Sistema de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Metro de Medellín, exoneró del cobro de la tarifa a los usuarios del Metro, Metrocable y Tranvía, en el horario conocido como las horas valle, es decir, el horario comprendido entre las 9 a.m. a 4 p.m. Esto con ocasión de la declaración de alerta roja por la contaminación atmosférica y la calidad del aire en el Valle de Aburrá y que para la época fue de público conocimiento, tanto así que fue anunciado en los diarios de alta circulación y principales medios de comunicación.

Afirma que lo anterior, se sustentó jurídicamente en el Acuerdo Metropolitano 001 del 31 de marzo de 2016; dicho Acto Administrativo dispuso en el lapso de tiempo aludido el no cobro de la tarifa en los servicios antes mencionados.

Resalta que este Acuerdo está suscrito por la Junta del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, integrada por su Director, Eugenio Prieto Soto, para la época de los hechos, y los Alcaldes de los Municipios que conforman el Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

Agrega la Primera Instancia, que la máxima autoridad de transporte masivo, es el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a través de su Junta, atribución legal conferida por la Ley 25 de 2013, conforme a las Leyes 86 de 1989, 105 de 1993 y 333 de 1996 y en especial la Resolución del Ministerio de Transporte N° 1371 de

³ Auto apertura 312 del 14 de junio de 2018. Fl.

2008, la cual en su artículo segundo aprobó como autoridad de transporte para la administración del Sistema Integrado de Transporte Masivo del Valle de Aburra al “Área Metropolitana del Valle de Aburra”, en relación con todos sus componentes: Tren Suburbano, Metro, Cable (masivo de alta capacidad), Bus rápido (masivo de mediana capacidad) y buses alimentadores presentes y futuros, y los Acuerdos Metropolitanos 019 de 2002, 008 de 2011, 010 de 2013⁴ y el Artículo 365 de la Constitución Política de Colombia Inciso 1.

Expresa el operador jurídico que a partir de esta contingencia atmosférica se expidió el Acuerdo Metropolitano N° 15 del 28 de noviembre de 2016, por medio del cual se adopta el Protocolo del Plan Operacional para enfrentar episodios críticos de contaminación atmosférica en la Jurisdicción del Área Metropolitana –POECA-.

Manifiesta el a quo que el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, actuó en concordancia al orden Jurídico, analizado desde la óptica del principio de valoración de los costos ambientales, estipulado en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, la disposición de exonerar del cobro de la tarifa a los usuarios del Sistema Masivo de Transporte (Metro, Metrocable y Tranvía) es acertada en el sentido en que primó el mejoramiento del medio ambiente en aras del bienestar común por encima de la cuantía determinada como hallazgo que originó esta causa fiscal. En virtud de lo expuesto, se concluye la inexistencia del daño en el asunto materia de esta causa fiscal.

Pone de presente que no sólo mediante el Acuerdo Metropolitano 001 de 2016 la Junta Metropolitana ha estipulado el no cobro de la tarifa en el Sistema Masivo de Transporte, sino que esta es una situación reiterativa, plasmada en diferentes acuerdos Metropolitanos, entre los cuales se encuentran: Acuerdo Metropolitano N° 05 de 2018; Acuerdo Metropolitano N° 18 de 2019.

Concluye la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal que, *“De acuerdo a lo expuesto, es de diáfana claridad para este Despacho que no es procedente ante estas eventualidades hablar de daño al patrimonio público; porque si bien es cierto el Sistema de Transporte Masivo Metro como Empresa Industrial y Comercial del Estado debe apuntar a generar rentabilidad, también lo es que debe velar por el cumplimiento de los fines esenciales del estado y así lo viene haciendo con la implantación de la tarifa cero cuando ha sido necesario garantizar el derecho a la vida y a la salud, como en el caso que hoy ocupa esta causa fiscal”*.

⁴ Acuerdo Metropolitano 010 de 2013 “Por medio del cual se modifica y adoptan los Estatutos del Área Metropolitana del Valle de Aburra” Artículo 38, Literal e, Numeral 2: Fijar las tarifas del servicio público de Transporte Público Masivo y Metropolitano, de acuerdo a su competencia.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función pública de Control Fiscal, asignada a las Contralorías por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la atribución de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos preceptos fueron desarrollados por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011 y por el Decreto Ley 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió **archivar el proceso**, se hace necesario surtir el **grado de consulta** al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud del cual, el superior funcional o jerárquico del funcionario que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan, correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal, y podrá tomar las decisiones que estime conveniente sin limitación alguna⁵.

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales de los investigados.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO

Dado que en esta causa fiscal se decidió archivar el proceso, a favor de la investigada, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Era procedente archivar el proceso por alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000? ¿Era inexistente el daño patrimonial tal como lo argumentó la Primera Instancia para efectos del archivo del proceso?

Una vez estudiado en su integridad el presente proceso, este Despacho anuncia de antemano su tesis y que consiste en sostener que no existió daño patrimonial en los hechos investigados y tampoco nexo causal, y por ello no le era imputable el supuesto daño a la investigada, pues su conducta solo se limitó cumplir una orden legítima, o un acto administrativo válido, y por tanto es procedente confirmar la decisión consultada.

⁵ Sentencia T-005-2013

Para argumentar y soportar la anterior postura, el Despacho abordará los siguientes temas: i) Las causales de archivo de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000; ii) Aspectos normativos sobre las tarifas de transporte, y iii) Elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

3. LAS CAUSALES DE ARCHIVO DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 610 DE 2000.

Es pertinente señalar 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 a lo dispuesto en los artículos 1, 5 y 53 de la Ley 610 de 2000.

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real cierto ocasionado al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, si un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal.

Ahora bien, la Ley ha dispuesto que durante el proceso, es posible el archivo del proceso si se acreditan unas causales que el legislador ha descrito en el artículo 47 de la Ley 610 así:

ARTICULO 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. SNFT.

Según el precepto anterior habrá lugar a proferir Auto de Archivo cuando entre otros: (i) Se pruebe que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial; (ii) Se comprueba la operancia de una causal excluyente de responsabilidad.

Según la doctrina⁶ las causales excluyentes o exonerativas son: la fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la víctima. Por causal exonerativa de responsabilidad

⁶ Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Héctor Patiño. 2010. Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, Jaime o. Tratado de derecho administrativo. Derecho de víctimas. Pg. 104, 113. Universidad Externado de Colombia 2017

se entiende el evento, hecho o fenómeno causal que impide imputar determinado hecho o daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad.

De la misma manera el artículo 48 de la misma Ley expresa que el funcionario competente proferirá Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado, entre otros requisitos. El Auto de Imputación deberá contener: “3. *La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.*”

Lo anterior implica que si no obran en el expediente los elementos probatorios que acrediten los elementos de la responsabilidad fiscal, una vez practicadas las pruebas decretadas en el Auto de Apertura, no queda otra alternativa que archivar el proceso.

En este proceso el Despacho procedió a evaluar los elementos relacionados con el nexo causal y la existencia y antijuridicidad del supuesto daño patrimonial, bajo las siguientes premisas:

- 1) Existe la obligación legal de acatar el orden jurídico y en especial los actos administrativos mientras no hayan sido anulados o suspendidos;
- 2) Los operadores jurídicos tienen el deber de acatar el orden jurídico según el Código General Disciplinario; y no tiene la potestad de invocar la excepción de ilegalidad para inaplicarlos, como veremos (C-037/00).
- 3) El Área Metropolitana es competente para fijar tarifas de transporte según las Leyes vigentes;
- 4) Mientras esté en discusión ante los jueces, el acto administrativo que fijó la tarifa a cero costo tampoco sería viable la acción fiscal, pues bien podría el juez acceder a la súplicas de la demanda, y ordenar el pago de la indemnización respectiva a favor del Metro de Medellín. Por tanto el daño no es cierto.
- 5) Pero también es viable que la jurisdicción declare que no hubo daño porque se trató de una erogación lícita para proteger la salud y el medio ambiente, es decir que dichos costos ambientales están plenamente justificados;
- 6) Si no están acreditados los elementos de la responsabilidad fiscal debe archiversse el proceso, si se hizo una adecuada gestión probatoria.

4. NORMAS RELATIVAS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSPORTE.

La Ley 1625 de 2013 “Por la cual se deroga la Ley Orgánica 128 de 1994 y se expide el Régimen para las Áreas Metropolitanas” establece:

Artículo 7°. Funciones de las Áreas Metropolitanas (...)

p) **Planificar la prestación del servicio de transporte público** urbano de pasajeros en lo que sea de su competencia, para la integración física, operacional y **tarifaria** de los distintos modos de transporte, en coordinación con los diferentes Sistemas de Transporte Masivo, los SIT y los Sistemas Estratégicos de Transporte, donde existan; SNFT.

Artículo 20. Atribuciones Básicas de la Junta Metropolitana. La Junta Metropolitana tendrá las siguientes atribuciones básicas:

e) **En materia de transporte:**

2. **Fijar las tarifas** del servicio de transporte público de acuerdo a su competencia. SNFT.

Artículo 32. Actos Metropolitanos. Los actos de la Junta Metropolitana se denominarán acuerdos metropolitanos; los del Presidente de la Junta Metropolitana, decretos metropolitanos y los del Director, resoluciones metropolitanas.

La Ley 1753 de 2015⁷ sobre la financiación de sistemas de transporte establece:

ARTÍCULO 31. Financiación de sistemas de transporte. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 86 de 1989, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 14. Los sistemas de transporte deben ser sostenibles. Para ello las tarifas que se cobren por la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, sumadas a otras fuentes de financiación de origen territorial si las hubiere, deberán ser suficientes para cubrir los costos de operación, administración, mantenimiento, y reposición de los equipos. (...)”.

El Acuerdo Metropolitano 10 de 2013 estableció⁸:

ARTÍCULO 7o. FUNCIONES. Son funciones del Área Metropolitana del Valle de Aburrá además de las conferidas por otras disposiciones legales, las siguientes:

k) Ejercer las funciones y competencias de **autoridad ambiental** en el perímetro urbano de conformidad a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993.

o) Ejercer la función **de autoridad de transporte público** en el área de su jurisdicción de acuerdo con la ley, las autorizaciones y aprobaciones otorgadas.

⁷ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Este artículo fue derogado por la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo)

⁸ Por medio del cual se modifican y adoptan los estatutos del Área Metropolitana del Valle de Aburrá

ARTÍCULO 38o. ATRIBUCIONES BÁSICAS DE LA JUNTA METROPOLITANA. La Junta Metropolitana tendrá las siguientes atribuciones básicas:

e) En materia de transporte

2. **Fijar las tarifas del servicio de transporte público masivo** y metropolitano, de acuerdo a su competencia. SNFT.

3. Ejercer las funciones de autoridad de transporte en coordinación con lo dispuesto en la implementación del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá SITVA.

El Acuerdo Metropolitano N° 001 (Marzo 31 de 2016) “*Por el cual se autoriza la exoneración del cobro de la tarifa, o tarifa (0) cero a los usuarios del modo terrestre por Metro, Metrocable y Tranvía del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá SITVA durante los días 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de abril de 2016*” dispuso:

ARTÍCULO 1°. **Autorizar la exoneración** el cobro de la tarifa o tarifa (0) cero temporal a los usuarios del sistema Metro, Metrocable y Tranvía del Sistema Integrado de Transporte del Valle de Aburrá SITVA, los días 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del mes de abril de 2016, entre las 9 a.m. y 4 p.m. SNFT.

De todo lo anterior se concluye:

- Según la Ley 1625 de 2013 las Áreas Metropolitanas” son competentes para planificar la prestación del servicio de transporte público urbano y **fijar las tarifas**.
- Según el Acuerdo Metropolitano 10 de 2013 (Artículo 7) el Área Metropolitana del Valle de Aburrá tiene competencia para fungir como autoridad ambiental en el perímetro urbano de conformidad a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, así como **“Fijar las tarifas del servicio de transporte público masivo** y metropolitano, de acuerdo a su competencia.”
- El Área Metropolitana a través de Acto Administrativo (Acuerdo 001 de 2016), dispuso autorizar la exoneración del cobro de la tarifa o tarifa (0) cero temporal a los usuarios del sistema Metro, Metrocable y Tranvía del Sistema Integrado de transporte. Por tanto tenía fuerza vinculante para los destinatarios.
- Al Gerente del Metro le correspondía acatar la medida pues se trataba de un acto administrativo vinculante dada la presunción de legalidad de que goza al tenor del artículo 88 del CPACA. Por tanto la imputación jurídica del presunto daño habría que atribuirlo al Consejo del Área Metropolitana y no la Garente del Metro. Lo anterior por cuanto fue dicho Órgano quien expidió el Acuerdo 001 de 2016 por el cual se hizo la exoneración de la tarifa.

- El legislador ha establecido que las tarifas de transporte público deben ser eficientes y económicas. Por ello la Ley 1753 de 2015 ordenó que los sistemas de transporte debían ser sostenibles y para ello las tarifas deberán ser suficientes para cubrir los costos de operación, administración, mantenimiento, y reposición de los equipos. Por ello la decisión del Área es cuestionable al decretar la exoneración, como también fue acertada la del Metro de incoar una demanda de reparación directa por daño especial.
- El Acuerdo Metropolitano N° 001 de 2016 era compatible con los valores constitucionales como la salud y el medio ambiente.

5. EL CASO CONCRETO. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

5.1 EL DAÑO PATRIMONIAL AL METRO DE MEDELLÍN

Los elementos esenciales para poder responsabilizar fiscalmente son: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. (Ley 610 de 2000 artículos 5, 23)

La Corte Constitucional en Sentencia C-840-01 expresó que *“De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, (...) SNFT.*

Por tanto si la exoneración realizada se hizo en virtud del cumplimiento del Acuerdo 001-2016, es decir, para acatar o ejecutar un acto administrativo vinculante, no puede hacerse un juicio de reproche fiscal, ni legal.

Al tenor del artículo 47 del D.L 403 de 2020 *“El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”.* Aplicando el concepto al caso concreto se observa que la exoneración realizada por el Metro no es violatorio del principio de legalidad.

La Ley 734 de 2004 en el artículo 23 establece que constituye falta disciplinaria, la incursión en conductas que conlleve incumplimiento de deberes. Por su parte el artículo 34 prescribe que son deberes de todo servidor público: *“1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, (...), las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los*

*reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las **órdenes superiores emitidas por funcionario competente**". SNFT.*

Consideramos que la exoneración realizada por el Metro de Medellín, para cumplir el Acuerdo Metropolitano N° 001 de 2011, tiene soporte legal, fue lícito, y por tanto no está revestido de antijuridicidad; no corresponde a una ejecución ilegal del presupuesto, tampoco puede catalogarse como violatorio de los principios de la gestión fiscal contemplados en el D.L 403 de 2020 en concordancia con el 3 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, si la ejecución del Acuerdo 001-2016 fue lícita, entonces no puede concluirse que existió un daño fiscal al Metro de Medellín en cabeza de la Sra. Claudia Patricia Restrepo, pues lo hizo en cumplimiento de un Acuerdo Metropolitano. En otras palabras no es viable jurídicamente iniciar una acción fiscal por ese solo hecho.

Todo lo anterior sin perjuicio de que el cumplimiento del Acuerdo 001 de 2016, haya causado un daño antijurídico al Metro y que acuda a la jurisdicción para reclamar lo que en derecho considere que le corresponde, como efectivamente ocurrió a través de la acción de reparación directa por daño especial.

Teniendo en cuenta los hechos y las pruebas que obran en el expediente, resulta evidente que no existió daño patrimonial al Metro de Medellín, por causa de haber ejecutado el Acuerdo, el cual constituye un elemento de la esencia de la imputación de responsabilidad fiscal, conforme a los artículos 5 y 23 de la Ley 610 de 2000, y dado que se había dictado Auto de Apertura no queda otra alternativa que el archivo del proceso conforme al artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

Si en gracia de discusión se aceptara que existió daño patrimonial, tampoco el mismo reviste el atributo de la certeza, pues existe una controversia judicial sobre el caso que nos ocupa⁹, y no vemos viable el Proceso de Responsabilidad Fiscal, pues el Ente Control no es el juez de la legalidad de los actos y contratos de la administración para juzgar lo legal o lo ilegal.

Sobre este punto la Contraloría General de la Republica en concepto N°112 de 2019 hizo este pronunciamiento;

En la situación de consulta, resulta **incierto una valoración a priori** en la medida que se requiere estudiar las condiciones propias del caso concreto, que como se ha indicado es competencia de la administración territorial y del ente de control consultante, a lo que se suma la **existencia de una demanda contra la respectiva entidad**, de la que puede

⁹ Demanda ante Tribunal Administrativo de Antioquia, radicado 05001233300020160198300, del 30 de agosto de 2016: Medio de control de reparación directa, título de imputación: daño especial por la la exoneración de tarifas. Demandado: Área Metropolitana del Valle de Aburrá. Demandante: Metro de Medellín. Pretensiones \$1.747.000.000. Admisión demanda: 12 octubre de 2016. Fl. 163

derivarse un control de legalidad sobre las actuaciones de la administración, bien sea avalando lo actuado de forma total o parcial, o declarando la nulidad y el restablecimiento del **derecho a favor de los empleados demandantes**.

En tal evento, **el fallo judicial tiene la vocación de dirimir la controversia suscitada**, si el juez de conocimiento profiere sentencia condenado al empleador al pago de salarios y prestaciones sociales y/o indemnizaciones, habrá una afectación contra el patrimonio del Estado; **pero en ese caso no será procedente la acción fiscal**, en la medida que por especialidad el procedimiento que debe ser adelantado, cuando se cumplan los requisitos para ello, es de la acción de repetición (...).SNFT.

Por el contrario, si se avala la hipótesis de la existencia de **salarios pagados demás**, tendrá que analizarse el caso en concreto por parte de la contraloría competente, que debe resolver si hay o no lugar a aperturar proceso de responsabilidad fiscal. SNFT.

Considerando las pruebas que obran en el expediente, el Despacho concluye que el supuesto daño patrimonial al Metro de Medellín, no adquirió existencia, por no estar presente el atributo de la certeza, y por tanto no reúne uno de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, por lo cual no es viable proferir Auto de Imputación lo cual implica el archivo del proceso.

5.2 LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

La conducta a partir de la cual debe analizarse la responsabilidad fiscal, parte de un comportamiento activo u omisivo, doloso o gravemente culposo de un agente que realiza gestión fiscal. Este elemento se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que autorizado legalmente, que despliegue gestión fiscal en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere o contribuya en la causación de un daño al patrimonio del Estado.

Dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal se debe verificar, analizar y determinar el grado de culpabilidad a partir de lo definido en el artículo 63 del Código Civil y de las presunciones legales que contempla la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción).

Tanto en el dolo como en la culpa grave, tendrán que analizarse las funciones del gestor fiscal, si hubo extralimitación u omisión en su ejercicio, los fundamentos generadores de responsabilidad, el elemento intencional, o la **negligencia, imprudencia**, imprevisibilidad y la falta de experticia (**impericia**), mirados desde la condición de servidores públicos o colaboradores de la administración, y además de los deberes funcionales y las actividades administrativas desplegadas y exigibles en su actuar.

La culpa grave se enerva o destruye probando la diligencia, cuidado, experticia, prudencia, o el **cumplimiento de un deber legal**¹⁰.

Según el Consejo de Estado en Sentencia del año 2017¹¹, “se entiende por **culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico.** (...) Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”. SNFT.

La Ley 153 de 1887 dispone que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las Leyes. (Artículo 12).

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 2000, declaró exequible esta norma, y para el caso que nos ocupa cerró cualquier posibilidad de aplicación de la EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD por parte de los operadores jurídicos, dejando dicha potestad en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

Tal facultad de **inaplicar actos administrativos** contrarios a las normas superiores, **se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa**. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones: (...). SNFT.

Por tanto no sería aceptable la tesis de que la Gerente del Metro podía aplicar la figura de la excepción de ilegalidad para omitir el cumplimiento del Acuerdo 001-2016, sin comprometer su responsabilidad disciplinaria.

Así las cosas, esta instancia plantea el siguiente interrogante: ¿Actuó con culpa grave la Sra. CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA- Gerente General del Metro de Medellín - por haber ejecutado el Acuerdo Metropolitano 001-2016?. La respuesta es negativa por las siguientes razones:

En primer lugar según el artículo 230 de la Carta todas las autoridades están sometidas al ordenamiento jurídico, y sería contrario a la lógica jurídica ordenar y castigar simultáneamente el cumplimiento de la Ley.

En segundo lugar en el caso que nos ocupa, no se observa que la investigada haya incurrido en errores, equivocaciones, o actuaciones que hayan desconocido sin justificación el ordenamiento jurídico.

¹⁰ Pantoja bravo, Jorge. Derecho de daños tomo II. Ed. Iyer. 2015. Lo elementos de la responsabilidad civil son: conducta, antijuridicidad, daño y nexo causal. Pág. 430

¹¹ Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00637-01(47846)

En tercer lugar, según las pruebas que obran en el expediente y con sujeción a los artículos 5, 23 de la Ley 610 de 2000, y 63 del Código Civil, el Despacho no encuentra acreditado que el comportamiento del demandante sea configurativo de la culpa grave.

5.3 NEXO CAUSAL

El artículo 5° de la Ley 610 de 2000, consagra como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal, “*Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*”, esto es, entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa, activa u omisiva, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Por nexo causal se entiende el vínculo real entre el daño real y cierto y la conducta antijurídica; es decir, es la conexión lógica que lleva a deducir que el detrimento sufrido es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella. La existencia de una causal excluyente de responsabilidad implica ruptura del nexo causal entre la conducta y el daño.

En el caso concreto se observa que los actos presuntamente lesivos no fueron expedidos por la investigada, y por tanto no existió nexo causal entre el hecho generador del supuesto daño (Acuerdo 001-2016), y la conducta (Ejecución material del acuerdo) lo cual comporta una causal excluyente de responsabilidad, y a su vez configura otra causal para archivar el proceso al tenor del artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

Por todo lo anterior la solución al problema jurídico consiste en concluir que no existió daño patrimonial en los hechos investigados y tampoco nexo causal entre el supuesto daño y la conducta investigada, pues esta sólo se limitó cumplir una orden legítima, o un acto administrativo válido, y por tanto es procedente confirmar la decisión consultada.

En mérito de lo expuesto, la Contralora General de Medellín,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el Auto 386 del cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso a favor

de la doctora CLAUDIA PATRICIA RESTREPO MONTOYA quien se desempeñó como Gerente del Metro de Medellín Ltda.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior desvincular del proceso como tercero civilmente Responsable a la Compañía de Seguros ACE Seguros S.A con NIT 860.026.518-6, en virtud de la póliza de responsabilidad civil de Directores y Administradores N° 1828, con vigencia del 16 de octubre de 2015 al 16 de octubre de 2016.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar por estado la presente decisión conforme al Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme el presente Auto, remítase el proceso a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

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

