

## DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

### AUTO N° 033 DE 2021

#### POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 034 DE 2016

Medellín, veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

<b>Providencia Consultada:</b>	Auto N° 391 del 11 de agosto de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 034 de 2016.
<b>Entidad afectada:</b>	UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.E.S.P.(hoy Tigo Une Colombia) identificada con NIT 900.092.385-9
<b>Presuntos Responsable:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ HORACIO VÉLEZ DE BEDOUT, identificado con la cédula 70.063.777, en calidad de Presidente de UNE.</li> <li>➤ SERGIO RESTREPO MORENO, identificado con la cédula 15.423.794, en calidad de Vicepresidente de Tecnología de Información de UNE.</li> <li>➤ SILVIA ELENA LATORRE CORREA, identificada con la cédula 42.984.072, en calidad de Subdirectora de Gestión de Proveedores de UNE.</li> <li>➤ JUAN DAVID HENAO CALAD, identificado con la cédula 70.561.322, en calidad de Abogado de la Subdirección Jurídica Corporativa de UNE.</li> </ul>
<b>Garantes:</b>	CHUBB SEGUROS COLOMBIA S. A., con Nit. 860.026.518-6.
<b>Hechos investigados:</b>	Pago sin soportes de imprevistos que se realizaron con ocasión de los contratos 10010137822, 10010137823, 10010139192, 10010139193, 10010139194 y 10010139195.
<b>Cuantía:</b>	DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESO (\$2.672.000.000).
<b>Decisión:</b>	<b>CONFIRMA Y ADICIONA LA DECISIÓN CONSULTADA.</b> Se ordena la 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, artículos 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° 391 del 11 de agosto de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 034 de 2016.

## II. ANTECEDENTES

### 1. HECHOS INVESTIGADOS:

A través de memorando del 14 de enero de 2015<sup>1</sup> la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones remitió a la Contraloría de Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín, los presuntos hallazgos fiscales detectados durante el desarrollo de la Auditoría Especial a UNE EPM TELECOMUNICACIONES "Proceso Materiales y Equipos Suministrados a Terceros para Ejecutar Infraestructura en Redes y servicios de Telecomunicaciones vigencia 2009-2014".

Traslados que se efectuaron mediante dos (2) formatos<sup>2</sup>; en los cuales se especificaron por el equipo auditor, por una parte, unos sobrecostos y por otra el pago de unos imprevistos sin soportes en los contratos 10010139192, 10010139193, 10010139194, 10010139195, 10010137822, 100101373823, el cual con relación al pago de imprevistos se cuantificó por el equipo auditor en la suma de Dos Mil Seiscientos Setenta y Dos Millones de Pesos (\$2.672.000.000).

Es de anotar que el presente proceso de responsabilidad fiscal, solo atañe o se rituó con relación al valor de los imprevistos pues fue desglosado del Proceso de Responsabilidad 019 de 2015, en el cual se continuó con el hallazgo fiscal por sobrecostos, según se desprende de Auto que obra en la foliatura<sup>3</sup>.

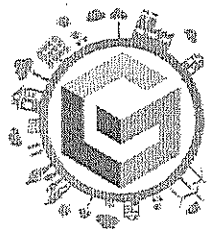
Pago de imprevistos que se discriminan a continuación por parte del Despacho en el siguiente cuadro, que se extrae del grado de consulta:

CONTRATISTA	PC	CONTRATO N°	% IMPREVISTOS SEGÚN OFERTA	VALOR TOTAL EJECUTADO Y PAGADO	VALOR PAGADO IMPREVISTOS
Furel S.A.		10010137822	2.00	18.939	379

<sup>1</sup> Folios 8 al 10 del Cuaderno 1.

<sup>2</sup> Folios 7 al 10 del Cuaderno 1.

<sup>3</sup> Folios 3 al 5 del Cuaderno "Auto 137 del 28 de marzo de 2016.



Proyectos de Ingeniería S.A	70199	10010137823	2.00	11.739	235
Inmel S.A	75823	10010139192	1.00	13.269	273
Montajes y Suministros S.		10010139193	3.00	26.123	522
FUREL S.A.		10010139194	2.00	34.055	681
Enecon S.A.		10010139195	2.00	29.124	582
<b>TOTAL</b>				133.609	2.672

## 2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se determinó en el Auto de Apertura 327 del 9 de octubre de 2017<sup>4</sup> a los siguientes presuntos responsables fiscales:

- HORACIO VÉLEZ DE BEDOUT, identificado con la cédula 70.063.777, en calidad de Presidente de UNE.
- SERGIO RESTREPO MORENO, identificado con la cédula 15.423.794, en calidad de Vicepresidente de Tecnología de la Información de UNE.
- SILVIA ELENA LATORRE CORREA, identificada con la cédula 42.984.072, en calidad de Subdirectora de Gestión de Proveedores de UNE.
- JUAN DAVID HENAO CALAD, identificado con la cédula 70.561.322, en calidad de Abogado de la Subdirección Jurídica Corporativa de UNE.

### 2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a la Empresa UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P (Hoy Tigo Une Colombia) identificada con NIT 900.092.385-9.

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado a la Empresa UNE EPM TELECOMUNICACIONES S. A. (Hoy TIGO Une Colombia) con Nit 900.092. 385-9, se determinó una cuantía de DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$2.672.000.000).

### 2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., con NIT 860.026.518-6

<sup>4</sup> Folios 184 al

## 2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 143 del 6 de abril de 2016, por medio del cual se ordena iniciar la indagación preliminar en el trámite con radicado 034 de 2016 (Folio 49 al 51 cuaderno 1).
- Auto 327 del 9 de octubre de 2017 por medio del cual se apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal 034 de 2016 (Folios 184 al 190, Cuaderno N° 1).
- Auto 577 del 14 de agosto de 2019 *"Por medio del cual se decide una solicitud de nulidad"* (Folios 662 al 674 del Cuaderno 4).
- Auto 587 del 20 de agosto de 2019 *"Por medio del Cual se vincula a un garante"* (Folios 675 al 681 del Cuaderno 4).
- Por medio de Auto 391 del 11 de agosto de 2021, se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 034 de 2016 (Folios 785 al 821 y vuelto del Cuaderno N° 4).
- El 27 de agosto de 2021 se efectúa la remisión del expediente 34 de 2016, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 824 del Cuaderno 4).

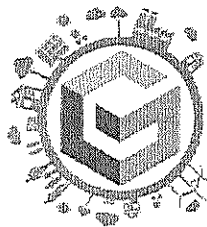
## III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 391 del 11 de agosto de 2021, declaró la Cesación de la Acción Fiscal por no Mérito del proceso con Responsabilidad Fiscal 034 de 2016 y que concita el conocimiento de esta instancia; para lo cual el Despacho sintetizará los aspectos más relevantes de la decisión de instancia, las cuales se arguyeron así por el a quo:

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 calendas anteriores.

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

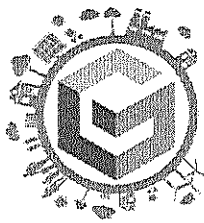
Los imprevistos objeto de pesquisa fiscal, hacían parte *"del precio acordado en el contrato y se establecen como un porcentaje fijo que ingresa al patrimonio del contratista (...) si al estructurarse la relación negocial, el contratista en su propuesta, no realiza una adecuada planeación de los costos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

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 de calendas para las cuales 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 han quedado desvirtuado, dado que para la época de los hechos no existía norma expresa que señalara 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 según el instructor de instancia en los Autos 079 del 26 de marzo de 2014 (folio 121 al 129) 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.

Incertidumbre jurídica que también ha llevado a la Contraloría General de Medellín tomar decisiones de fallos y archivos aceptando la inexistencia de norma legal que permita exigir soportes para el pago de imprevistos.

Decisiones que se vislumbran en los Autos 006 del 14 de abril 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 010 del 27 de abril de 2015, por medio del cual



el superior confirmó la decisión del fallo sin responsabilidad fiscal que dictó el inferior dentro del radicado 049 de 2013; Auto 05 del 16 de abril de 2015, por medio del cual el superior confirmó la decisión del fallo sin responsabilidad fiscal que dictó el inferior dentro del radicado 115 de 2013, Auto 035 del 6 de octubre de 2015, por medio del cual también el Despacho de la Contraloría General de Medellín confirmó la decisión de la cesación de acción fiscal que emitió la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal dentro del proceso 050 de 2013.

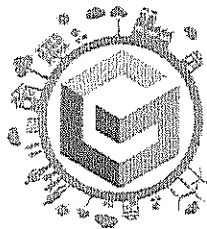
Se soporta el a-quó en que existen dudas en cuanto al daño patrimonial al Estado, pues de la forma pactada de pago no se vislumbra un daño al erario de UNE TELECOMUNICACIONES S.A.

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”*.

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

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

Es decir, sostiene el instructor de instancia, que para graduarse la culpa debe evaluarse entonces las consideraciones acerca de la intencionalidad de los gestores fiscales, a fin 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."*<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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

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

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

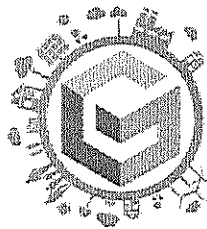
*“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones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

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

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el Artículo Primero (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 Constitucional<sup>6</sup> y la Ley<sup>7</sup>.

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

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

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

### 3. EL PROBLEMA JURÍDICO

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

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar lo siguiente: (i) la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control auditado y la posibilidad de estructurar los imprevistos como parte del precio; (ii) la verificación de la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, para determinar si no constituye una conducta gravemente culposa; (iii) la caducidad como fenómeno extintivo de la acción fiscal. Por lo tanto, se procederá a discernir los tópicos antes precisados:

<sup>6</sup> Sentencia SU 620 de 1996

<sup>7</sup> Ley 610 de 2000

(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.

Une EPM Telecomunicaciones S. A. (hoy Tigo Colombia) es una Sociedad de Economía Mixta mayoritariamente pública organizada bajo la forma de una Sociedad Anónima que presta servicios de telecomunicaciones, tecnologías de la información y actividades complementarias. Su creación fue autorizada mediante Acuerdo Municipal 045 de 2005, expedido por el Honorable Concejo de Medellín.

Nuestro legislador en claro desarrollo de sus potestades legislativas definió por expresa disposición normativa, en la Ley 1341 de 2009, que aspectos con relación a las empresas de telecomunicaciones se seguirían aplicando de la Ley 142 de 1994, al señalar en el artículo 73 ejusdem:

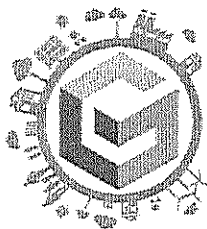
*"(...) A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4° sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público."*

Es decir que a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009, el servicio de telecomunicaciones dejó de ser un servicio público domiciliario.

Aserto del Despacho que se afinsa en lo que en tal aspecto ha disciplinado el Órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, al señalar<sup>8</sup>:

*"(...) En estos términos, la nueva normatividad modificó las categorías tradicionales de la ley 142 de 1994, porque introdujo otras denominaciones técnicas. (...) Se debe recordar que el art. 73 de la ley 1.341 de 2009 dispuso que para las telecomunicaciones, y las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia -como es el caso de la demandada - ya no aplica la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Y no se aplica porque, sencillamente, los servicios públicos de la ley 1.341 ya no son domiciliarios. Esta es la regla general, porque el mismo art. 73 dispone que, excepcionalmente, aplican las siguientes normas de la ley 142: i) el artículo 4, sobre el carácter esencial del servicio público; ii) el art. 17, sobre la naturaleza jurídica de las empresas; iii) el art. 24, sobre el régimen tributario; y iv)*

<sup>8</sup> Consejo de Estado, sentencia del 6 de diciembre de 2010, Radicado 25000-23-26-000-2009-00762-01.



el Título Tercero, artículos 41, 42 y 43, sobre el régimen laboral; garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En estos términos, la duda surge en relación con la vigencia del art. 17 de la ley 142 de 1994 (...) De la lectura integral de la ley 1.341 se desprende con claridad que no se regula la naturaleza jurídica de los operadores de las telecomunicaciones, es decir, de los proveedores de redes y servicios, de manera que tampoco ofrece una definición sobre la clasificación de quienes pueden prestarlos. Esta perspectiva se confirma con la lectura del art. 55, que define el régimen jurídico de los proveedores, señalando que: "Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado". De esta norma se desprende que la naturaleza de los prestadores no es única, pues por algo contempla la posibilidad de que existan varias, al decir que "los proveedores... cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital", tendrán por régimen jurídico el privado."

No obstante se precisa, que sus actos y contratos en materia contractual, incluyendo el régimen laboral de sus servidores es **el derecho privado**.

Así lo señala el artículo 55 ibídem al prescribir:

**"Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.** Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado".

Ahora bien, es de acotar y en otro orden de ideas, que en donde haya participación del Estado independiente del monto que éste tenga en una entidad o sociedad determinada son sujetos de control fiscal por parte de las contralorías respectivas.

Así lo ha precisado el Consejo de Estado al señalar, entre otras<sup>9</sup>:

*"En cuanto a que los actos acusados son violatorios del control fiscal que ejercen las contralorías sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala observa que por tener las citadas empresas capital estatal o público corresponde a las contralorías, en cualquiera de sus órdenes y en cumplimiento del artículo 267 de la Constitución Política, vigilar la gestión fiscal de aquellas. En efecto, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico. El artículo 267 de la Constitución Política, es muy claro al respecto: "...". Por su parte, la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", dispone: "...". Es evidente que tanto la norma constitucional como la legal anteriormente transcritas demuestran que no es cierto que el control de gestión de las empresas de servicios públicos*

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sentencia del 21 de noviembre de 2009, Radicado 25000-23-24-000-1999-00456-0167369).

*domiciliarios se encuentre deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto en la medida en que aquellas posean dentro de sus aportes, así sea en mínimo porcentaje, recursos públicos, la respectiva Contraloría ejercerá el control de gestión. Los organismos de control se encuentran, entonces, habilitados para evaluar la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos, con el fin de salvaguardar el erario público.” (Sentencia del 21 de noviembre, radicado 25000-23-24-000-1999-00456-0167369).*

Bajo la égida del derecho privado es que esta Superioridad funcional deberá asumir el presente caso sub examine, partiendo de la premisa axial de lo que para tal efecto se estipuló en los correspondientes procesos contractuales que dieron origen a los contratos objeto de la presente pesquisa fiscal y determinar si en los mismos se estructuró que los imprevistos hacían parte del precio.

En efecto, obra en la causa fiscal los correspondientes procesos contractuales que dieron origen a los contratos objetos de glosas y en los cuales se estructuró en los mismos lo siguiente<sup>10</sup>: Proceso de Contratación 70199 de agosto de 2009 para la “*Construcción de redes, obras civiles y proyectos especiales de telecomunicaciones, incluyendo la operación y mantenimiento de las Redes de Telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para todos los efectos*”.

De este proceso contractual se generaron los siguientes contratos:<sup>11</sup>

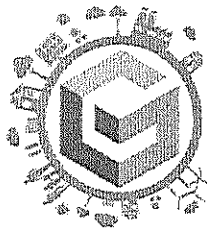
- Contrato 10010137822, cuyo objeto contractual fue: “*Construcción de redes, obras civiles y proyectos especiales de telecomunicaciones, incluyendo la operación y mantenimiento de las redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, grupo 1*”. Suscrito con la empresa Furel S.A. De este contrato el hallazgo de auditoria cuantificó como presunto detrimento fiscal, por pago de imprevistos la suma de Trescientos Setenta y Nueve Millones de Pesos (\$379.000.000).
- Contrato 10010137823, cuyo objeto contractual fue: “*Construcción de redes, obras civiles y proyectos especiales de telecomunicaciones, incluyendo la operación y mantenimiento de las redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, del grupo 2*”. Suscrito con la empresa Proyectos de Ingeniería S.A. De este contrato el hallazgo de auditoria cuantificó como presunto detrimento fiscal por pago de imprevistos la suma de Doscientos Treinta y Cinco Millones (\$235.000.000).

Observa el Despacho que en los pliegos de condiciones (Proceso contractual 70199) se estableció con respecto a los **imprevistos**<sup>12</sup>: con relación a la obligación de los oferentes:

<sup>10</sup> CD Folio 11 del Cuaderno 1

<sup>11</sup> Folios 83 al 84 del Cuaderno 1

<sup>12</sup> CD folio 11 del Cuaderno 1.



**"1.10.5.2 AIU:**

*Indicará los porcentajes sobre los valores de la administración, gastos generales, imprevistos, gestión ambiental, utilidad, (AIU) entendiéndose que dentro de los gastos de administración debe incluir lo correspondiente al personal administrativo, entre otros, el ingeniero residente, los encargados, la capacitación, equipos de comunicación, las bodegas, pejes cuando sea necesario.*

***No obstante los porcentajes señalados por el oferente en su oferta **por concepto de AIU, se entiende que dentro del total de la oferta se encuentran incluidos todos los costos que implique la administración ,imprevistos, gestión ambiental, seguridad industrial, higiene y salud ocupacional y utilidades correspondientes.*****(Lo resaltado es del Despacho).

Por su parte, en el proceso de contratación 75823 de febrero de 2010 para la "Construcción y mantenimiento de redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, a nivel nacional".

De este proceso contractual se generaron los siguientes contratos<sup>13</sup>:

- Contrato 10010139192, cuyo objeto contractual fue: "Construcción y mantenimiento de redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, a nivel nacional, grupo 1" suscrito con la empresa Inmel S.A. De este contrato el hallazgo de auditoría cuantificó como presunto detrimento fiscal por pago de imprevistos la suma de Doscientos Setenta y Tres Millones (\$273.000.000).
- Contrato 10010139193, cuyo objeto contractual fue: "Construcción y mantenimiento de redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, a nivel nacional, grupo 2" suscrito con la empresa Montajes y Suministros S.A. De este contrato el hallazgo de auditoría cuantificó como presunto detrimento fiscal por pago de imprevistos la suma de Quinientos Veintidos Millones de Pesos (\$522.000.000).
- Contrato 10010139194, cuyo objeto contractual fue: "Construcción y mantenimiento de redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, a nivel nacional, grupo 3" suscrito con la empresa Furel S.A. De este contrato el hallazgo de auditoría cuantificó como presunto detrimento fiscal por pago de imprevistos la suma Seiscientos Ochenta Y Un Millones de Pesos (\$681.000.000).

<sup>13</sup> Folios 85 al 96 del Cuaderno 1.

- Contrato 10010139195: cuyo objeto contractual fue: *“Construcción y mantenimiento de redes de telecomunicaciones, así como el suministro de elementos y servicios asociados necesarios para tales efectos, a nivel nacional, grupo 4”* suscrito con la empresa Enecon S.A. De este contrato el hallazgo de auditoría cuantificó como presunto detrimento fiscal por pago de imprevistos la suma Quinientos Ochenta y Dos Millones de Pesos (\$582.000.000).

Observa el Despacho que en los pliegos de condiciones (Proceso de contratación 75.823 de febrero de 2010) que se estableció con respecto a los **imprevistos**<sup>14</sup> con relación a la obligación de los oferentes:

*“1.10.5.2 AIU:*

*Indicará los porcentajes sobre los valores de la administración, gastos generales, imprevistos, gestión ambiental, utilidad, (AIU) entendiéndose que dentro de los gastos de administración debe incluir lo correspondiente al personal administrativo, entre otros, el ingeniero residente, los encargados, la capacitación, equipos de comunicación, las bodegas, pejes cuando sea necesario.*

*No obstante los porcentajes señalados por el oferente en su oferta **por concepto de AIU, se entiende que dentro del total de la oferta se encuentran incluidos todos los costos que implique la administración ,imprevistos, gestión ambiental, seguridad industrial, higiene y salud ocupacional y utilidades correspondientes.**”(Lo resaltado es del Despacho).*

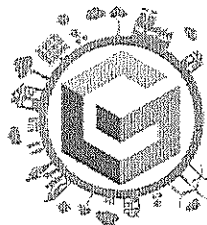
De visu, observa esta Superioridad que desde los mismos procesos contractuales que dieron origen a los contratos objetos del presente averiguatorio, que los imprevistos **hacían parte integral de la oferta que al efecto presentaron los diferentes oferentes**, en unos contratos que se regían por el derecho privado como bien se acotó en acápites precedentes y por ende hacían parte inescindible del respectivo precio.

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 que<sup>15</sup>:

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

<sup>14</sup> CD Folio 11 del Cuaderno 1.

<sup>15</sup> Colombia Compra Eficiente, Concepto C-714 de 2020, Radicado 2202013000011949.



Una correcta lectura de los procesos contractuales (70199 y 75823) que originaron los contratos objetos de glosa fiscal y que de contera obligaba a los oferentes, es que los imprevistos que se presentaren impactarían los precios unitarios de los diferentes ítems, pues los mismos, quedarían incorporados en los respectivos precios de los contratos objetos de averiguatorio fiscal.

Esa estipulación en los respectivos procesos contractuales en una contratación que se regía por el derecho privado obligaba sin dubitación alguna a los futuros proponentes, así lo ha sentenciado el juez natural de las controversias contractuales al rotularse:<sup>16</sup>

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

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

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

***De lo anterior se concluye que en el derecho privado existe libertad de configuración de las reglas del pliego de condiciones dentro del marco de los principios de formación de los contratos y que una vez comunicada la oferta, esas reglas se constituyen en obligatorias y a la vez se advierte que el proponente debe acogerse a los términos y condiciones para que su propuesta produzca la aceptación del negocio del negocio jurídico y la formación del consenso de voluntades”*** ( Lo resaltado es del Despacho).

La modalidad de ejecución del contrato en autos, fue la de precios unitarios, lo que implica que cada uno de los ítems propuestos, se descomponen para determinar los costos que lo integran. Así lo ha precisado la Jurisprudencia Contenciosa, entre otras, al señalar<sup>17</sup>:“(.) Este sistema que suele ser el de mayor utilización en la práctica contractual, se emplea cuando, dada la complejidad del proyecto técnico que se pretende llevar a cabo, es difícil de determinar las cantidades de obra y las actividades que se deben desarrollar en la construcción; por tal razón, se elabora un listado de cada unidad técnica (ítems) de los elementos, de la mano de obra, de la maquinaria, de los equipos y de las actividades requeridas (número de elementos, metros cúbicos,

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia del 10 de febrero de 2016, Radicado 25000-23-26-000-2003-00959-01.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Radicado 1996-03577, expediente 205246(6).

metros cuadrados, metros lineales, hora –hombre, hora equipo por ejemplo), pues de esta manera se logra establecer cuánto cuesta cada una de las unidades que, en conjunto, **constituyen el costo directo** de la obra, de tal suerte que deben existir tantos precios como ítems se hayan cotizado en la oferta.

(...) además, exige que se discrimine entre costos directos, es decir, los que están directamente relacionados con la construcción de la obra (materiales, mano de obra, maquinaria cte.) y los **costos indirectos** que corresponden a los rubros que no están directamente relacionados con la construcción pero en los cuales se requiere incurrir para poder ejecutar el proyecto. Parte de esos costos indirectos está representada por el componente denominado “AIU” (...) la “I” **significa imprevistos y corresponde a un porcentaje destinado a cubrir contingencias menores que se pueden presentar en el curso del contrato**” (Lo resaltado es fuera de texto).

Refulge entonces y de manera meridiana para el Despacho, que de acuerdo a los pliegos que fueron estructurados por el sujeto de control, tanto los costos directos, como indirectos (entre ellos obviamente los imprevistos) hacían parte del precio de los contratos a suscribirse. Esta práctica no birla el orden jurídico, pues era perfectamente viable estipularlo en unos contratos que se regían por el derecho privado.

Colombia Compra Eficiente, que de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 4170 de 2011, funge como entidad orientadora en materia de contratación estatal, ha conceptualizado sobre tal aspecto lo siguiente<sup>18</sup>:

*“Pues bien en los contratos cuyo precio se estructura a partir del sistema de precios unitarios, ha hecho parte de la práctica de los negocios que el contratante le solicite al potencial contratista que se pare en su propuesta los costos directos- es decir, los que están directamente implicados en la ejecución del objeto-, de los costos indirectos- que equivalen a los rubros que no tienen que ver de manera inmediata con la ejecución de las actividades contractuales, **pero que integran también el precio**, bien porque constituyen erogaciones administrativas o contingentes, para el contratista o bien porque se dirigen a salvaguardar su ganancia (...), en consecuencia, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **como las excluidas de este- es decir, las que tienen un régimen especial- gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico**”.* (Negrillas fuera de texto).

Para el Despacho era perfectamente viable como ocurrió en autos que en los correspondientes pliegos (Procesos contractuales) se considere como parte del **precio** de un contrato con modalidad de pago a precios unitarios, que el imprevisto para el caso de autos, se pacte como parte estructurante del precio del contrato, sin que ello desconozca el orden jurídico como bien se precisó en acapites precedentes y con báculo adicional en reciente pronunciamiento del máximo Órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, cuando disciplinó en tal aspecto:<sup>19</sup>:

<sup>18</sup> Colombia Compra Eficiente, Concepto C-714 de 2020, Radicado 2202013000011949.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 5 de marzo de 2021, Radicado 25000232600020010006601(39249)



*“Temas: contrato de obra a preciso unitarios-inclusión del componente de administración – imprevistos y utilidad en los precios ofertados:*

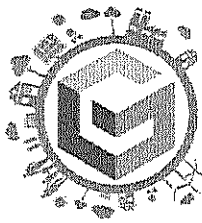
*(...) es necesario dejar sentada otra consideración antes de analizar lo relativo a la inclusión del AIU en las actas de recibo de obra. En el recurso de apelación, la Unión Temporal distinguió entre “valores unitarios” y “precios unitarios”. La primera locución la usó para referirse a los valores que incluyó en el anexo 2 de su oferta con el fin de calcular los “índices representativos”, mientras que la segunda la empleo para designar los precios que registró en el APU presentado el 9 de marzo de 2000. No obstante, la diferenciación es simplemente terminológica: los 46 “valores unitarios” cotizados en la oferta son equivalentes, peso a peso, a los 46 “precios unitarios” que incluyó en el APU entregado el 9 de marzo de 2000. Otra cosa es que, en el APU, al registrar los mismos precios unitarios, se usó la leyenda “total costo directo” de lo cual infiere el apelante que el IDU debía pagarle adicionalmente el AIU.*

*Con base en las anteriores consideraciones puede resolverse el problema principal, que es si el IDU, en las actas mensuales de obra, debió pagar (i) el producto de multiplicar las cantidades aprobadas por los precios unitarios cotizados por la Unión Temporal más (ii) un 19% adicional, que fue el AIU que el contratista definió en su oferta. La respuesta a este problema se deduce del pliego de condiciones y de las respuestas que el IDU dio a los proponentes en el proceso licitatorio.*

*De un lado, en el numeral 3.2.13.5 de los pliegos se estableció que “los precios unitarios fijos deberán cubrir los costos de materiales, mano de obra (...) **inclusive los imprevistos, gastos de administración, impuestos y contribuciones y utilidades del contratista.**” De otro lado, en la ronda de las aclaraciones del pliego de condiciones, el IDU informó que el AIU debía “incluirse dentro de cada uno de los precios unitarios” con los que se calcularon los índices representativos. **En definitiva, las cantidades aprobadas en las actas solo debían multiplicarse por los precios unitarios ofertados**, pues en ellos los proponentes debieron considerar los gastos de administración, los impuestos y la utilidad” (Lo resaltado es del Despacho).*

*Es decir en una correcta lectura del acervo jurisprudencial traído a cita, que en el presente caso los imprevistos hacían parte inescindible del precio ofertado y por tanto, **no era necesario su demostración.***

*Los pagos efectuados en cada uno de los contratos traían inmerso el valor del imprevisto, cuestión que fue avizorada por el equipo auditor al señalar en el informe definitivo: “En la evaluación de los contratos que se detallan en el cuadro 8, se evidenció que los pagos realizados a **estos tienen inmerso el concepto de imprevistos** sin que estos tengan los respectivos soportes”( Folio 30 vuelto del Cuaderno 1). (Lo resaltado es del Despacho). Sin embargo, tal estipulación era perfectamente viable jurídicamente establecerla, como bien lo precisó el Consejo de Estado, en jurisprudencia que el Despacho trae a colación en la presente decisión y reseñada en acápites precedentes.*



El Despacho acogió estas posturas jurisprudenciales traídas a colación, cuando se han decidido disímiles grados de consulta<sup>20</sup> 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 concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado**" (Sentencia del 16 de febrero de 2012, radicado 25000-23-24-000-2001-00064-01).*

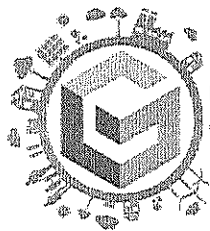
En igual sentido se indicó:

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

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

Las anteriores reflexiones, serían suficientes para confirmar el Auto consultado, pues en criterio de esta superioridad el daño al patrimonio de Une EPM Telecomunicaciones S.A (hoy Tigo Colombia) no se estructuró en autos, empero, se

<sup>20</sup> Procesos de Responsabilidad Fiscal 002; 007;027 y 028 de 2016, entre otros.



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 señalarse<sup>21</sup>: “(...) 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 de los contratos glosados, 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 República<sup>22</sup>, data de una calenda posterior a los supuestos hechos objeto de reproche fiscal al considerarse por parte de ese Órgano de Control y con soporte en Sentencia del Consejo de Estado: “ (...) en nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos de imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU-administración, imprevistos y utilidades – como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe si una relativa libertad del contratista en

<sup>21</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

<sup>22</sup> Folio 487 del Cuaderno 3, concepto 2012EE0071253

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 posición pacífica de este Órgano de Control, que en tal tópico había precisado que los imprevistos no debía probarse su materialización, toda vez que los mismos hacían parte integral del precio del contrato.<sup>23</sup>

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 venían 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 aspecto<sup>24</sup>:

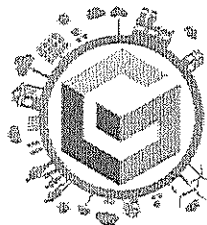
*“[...] Sobre la noción de culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de una agente que generó un daño antijurídico(injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancia en que actuó; osea, la conducta es culposa cuando cuando el resultado daño 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. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría 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 hermanos 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) La caducidad como fenómeno extintivo de la acción fiscal:

La caducidad en autos, fue exorada por los apoderados judiciales de los presuntos responsables fiscales, con relación a los pagos efectuados en los contratos de glosa fiscal y que por ende, al configurarse dicho fenómeno jurídico, que por su naturaleza no puede ser objeto de renuncia, debía archivarse de manera adicional el presente proceso, al tenor de lo establecido en los artículo 16 y 47 de la Ley 610 de 2000, pues el Órgano de Control había perdido la facultad para ejercer la acción fiscal.

<sup>23</sup> Folios 165 al 303 del anexo 1.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2007, Radicado 24953.



Cuestión basilar de los argumentos defensivos, que si bien fueron traídos a colación por el instructor de instancia en el proveído objeto de consulta, ningún comentario o análisis, se realizó por parte de éste en el caso de autos con relación a la caducidad de la acción fiscal deprecada.

Cuestión que en criterio del Despacho debió ser objeto de pronunciamiento por parte del a-quo, toda vez que de manera atinada, expone las fechas de pago de los diferentes contratos objetos de pesquisa fiscal<sup>25</sup>, de acuerdo a la prueba que obra en el cartulario fiscal.

Desde una perspectiva procesal, se entiende que hay caducidad cuando dentro del término fijado por la Ley no se ha ejercitado el derecho de acción, es decir, que hay caducidad cuando transcurrido el lapso establecido por el ordenamiento jurídico no se inicia ninguna actuación tendiente a hacer efectiva dicha prerrogativa.

Ahora bien, el artículo 9º de la Ley 610 de 2000<sup>26</sup>, **vigente para la época de los hechos**, reguló la aplicación tanto de la caducidad como de la prescripción en el procedimiento de responsabilidad fiscal, y por ello dispuso:

*ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse **para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del (sic) último hecho o acto.***

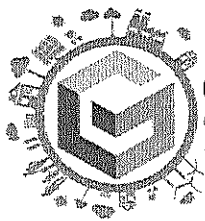
*La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.*

*El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.” (Lo resaltado es del Despacho).*

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2013, determinó que las figuras de la prescripción y caducidad previstas en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 se encontraban ajustadas al mandato superior, en tanto era válido que el legislador señalara un término para iniciar la acción fiscal y otro lapso durante el cual se podía tramitar el proceso de responsabilidad fiscal.

<sup>25</sup> Folios 789 vuelto al 799 del grado de consulta, Cuaderno 4.

<sup>26</sup> Este artículo fue objeto de modificación a través del artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020.



Así las cosas, la prescripción y caducidad son conceptos totalmente distintos y así lo ha entendió el Consejo de Estado cuando señaló:

*"Repárese que el inciso primero se refiere al término de caducidad y el inciso 2° al término de prescripción. Por tanto son dos instituciones procesales distintas, en la medida en que la caducidad hace relación al término máximo de que disponen las autoridades de control para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal y la prescripción, alude al plazo máximo que tienen esas mismas autoridades para declarar la responsabilidad fiscal y la consecuente sanción, en caso de que luego de haber proferido el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, encuentre méritos para declararla o para exonerar de compromiso al investigado."*<sup>27</sup> (Subrayas en original).

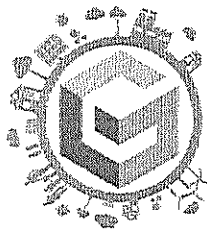
No cabe duda que la **caducidad** es el tiempo con el que cuenta la autoridad fiscal para iniciar el procedimiento correspondiente. En contraste, la **prescripción**, en este caso extintiva, es el lapso máximo con el que cuenta el Estado, en cabeza de las Contralorías, para proferir una decisión declarativa de la responsabilidad fiscal, una vez se ha proferido el correspondiente Auto de apertura de la investigación fiscal. En otras palabras, en el procedimiento de responsabilidad fiscal lo que caduca es la "Acción Fiscal", en tanto lo que prescribe es la posibilidad de decretar, mediante el procedimiento fiscal, la existencia de responsabilidad.

Así pues, si se quiere cotejar si la "**Acción Fiscal**" caducó es menester identificar la fecha de ocurrencia de los hechos generadores de la lesión al patrimonio público -extremo inicial- y la fecha del Auto de Apertura del procedimiento -extremo final-.

Precisado lo anterior, el Despacho deberá entonces dilucidar la fecha de los hechos (Pagos de imprevistos) de acuerdo a la prueba obrante en el proceso; para lo cual se traerá a colación lo siguiente:

- Contrato 10010137822. Celebrado con Furel S.A: Los pagos fueron efectuados entre el 22 de enero de 2010 y el **15 de junio de 2012** (Folios 74 al 77 del Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor de 379 Millones).
- Contrato 10010137823. Celebrado con Proyectos de Ingeniería S.A. Los pagos se efectuaron entre el 26 de enero de 2010 y el **30 de marzo de 2012** (Folios 78 al 79 del Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor 235 Millones).

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 2 de mayo de 2013, radicación 25000-23-24-000-2004-00025-01 CP. María Claudia Rojas Lasso.

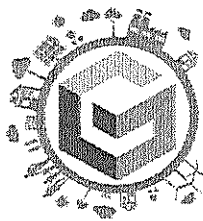


- Contrato 10010139192. Celebrado con Ingeniería y Montajes Electromecánicos-Inmel S.A-. Los pagos se efectuaron entre el 16 de julio de 2010 y el **8 de junio de 2012** (Folios 67 al 68 del Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor de 273 Millones).
- Contrato 10010139195. Celebrado con Enecon S.A. Los pagos se efectuaron entre el 21 de mayo de 2010 y el **15 de junio de 2012** (Folios 72 al 73 del Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor de 582 Millones).
- Contrato 10010139194. Celebrado con Furel S.A. Los pagos se efectuaron entre el 5 de marzo de 2010 y el **4 de enero de 2013** (Folios 69 al 71 Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor 681 Millones).
- Contrato 10010139193. Celebrado con Montajes y Suministros S.A. pagos efectuados entre el 18 de junio de 2010 y el **7 de diciembre de 2012** (Folio 68 del Cuaderno 1). (Pagos de imprevistos por valor de 522 Millones).

Descendiendo al tema objeto de decisión en esta providencia se tiene que el Auto 327 que dio inicio al Proceso de Responsabilidad Fiscal **034 – 2016** fue proferido el **9 de octubre de 2017** «Folios 184 al 190 del Cuaderno 1». Fecha está que se deberá tener como - extremo final - para efectos de contar el quinquenio para que opere la caducidad fiscal.

Así las cosas, los hechos constitutivos o de lesión del patrimonio de los contratos 10010137822; 10010137823; 10010139192; 10010139195; cotejadas las fechas de pagos de imprevistos (desde su pago inicial hasta la última fecha de pago), al momento de aperturarse el proceso de Responsabilidad Fiscal 034 de 2016 (*el cual se profirió el 9 de octubre de 2017 mediante Auto 327*), ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción fiscal; pues de visu se vislumbra, que habían transcurridos más de cinco años desde el momento de transcurridos los correspondientes pagos, estableciendo la **última fecha de pago**, como fecha estructurante de la caducidad, en razón a que a criterio de esta superioridad los pagos de “*imprevistos*” en los contratos objeto de pesquisa fueron de tracto sucesivo, permanente o continuado, por ende, es dable predicar que el fenómeno de la caducidad habrá de contarse **a partir del último pago de los mismos**<sup>28</sup>. Por lo que, cotejada la fecha última de pago de los contratos precitados con la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, ya se había estructurado la caducidad de la acción fiscal, con relación a éstos contratos.

<sup>28</sup> Artículo 9 de la ley 610 de 2000.



El Despacho vislumbrando lo anterior, está en la obligación de decretar la caducidad, *mutatis mutandis*, de acuerdo a lo que en tal aspecto ha disciplinado la colegiatura constitucional<sup>29</sup>:

*“La Caducidad constituye una figura procesal que ha sido entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada **por el juez oficiosamente**”* (Lo resaltado es del Despacho).

Con relación a los contratos 10010139 y 10010139194, considera el Despacho, en razón a la fecha de los últimos pagos, que en estos contratos no se ha estructurado la caducidad de la acción fiscal, pues el Auto de Apertura de la Investigación Fiscal, fue proferido dentro del término tempestivo legal, vigente para la época de los hechos objetos del averiguatorio fiscal.

Obviamente haberse estructurado la caducidad de la acción fiscal en los términos antes advertidos, es menester precisar que en autos **no se conculcó el patrimonio público del sujeto de control**, de acuerdo a lo esbozado en acápites precedentes y de manera adicional, no se estructuró el elemento subjetivo de la culpa grave como bien fue precisado por el 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 el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que habilita la procedencia del 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 adición al auto consultado, con relación a la caducidad de la Acción Fiscal.

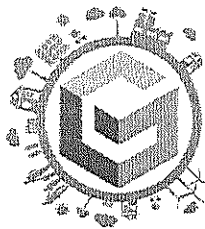
Por las anteriores consideraciones y sin mayores elucubraciones, se

## RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 391 del 11 de agosto de 2021**, por medio de la cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 034 de 2016**, toda vez que no se configuró un daño patrimonial

<sup>29</sup> C-250 de 2011





al sujeto de control, por la motivación expuesta en las consideraciones del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ADICIONAR** el Auto descrito en el numeral anterior, en el sentido de indicar que además en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 034 de 2016 se configuró la Caducidad de la Acción Fiscal, con relación a los contratos 10010137822; 10010137823; 10010139192; 100101395 de acuerdo a lo precisado en la parte motiva del presente proveído.

**ARTÍCULO TERCERO: 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 CUARTO:** 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.

Revisó y aprobó: María Isabel Morales Sánchez – Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Elkin M/ Profesional Universitario II.

