

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°034 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°039 DE 2016

Medellín, primero (01) de octubre de dos mil veinte (2021)

Entidad afectada	Plaza Mayor Medellín Convenciones y Exposiciones S.A., identificada con Nit. 890.909.297-2.
Presuntos responsables	GABRIEL JAIME RICO BETANCUR con la cédula 98.557.722, FERNANDO CORDOBA CARMONA con 70.324.204, COMPAÑIA INTEGRAL NEGOCIOS DE COLOMBIA S.A.S. con Nit. 811.042.087-2, LEIDY ADRIANA CARO RODRIGUEZ con cédula 33.377.538, RUMBAS DE LA CIUDAD S.A.S. con Nit. 900.614.232-2, CINCO S.A.S., con Nit. 811.042.087 – 2, INVERNEGOS S.A.S. identificada con Nit. 900.669.241 – 5, GRUPO GRATIA S.A.S. identificada con Nit. 900582147 – 5, TATIANA MARIA TOBÓN UPEGUI identificada con la cédula de ciudadanía 43200707, LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS identificada con el Nit. 860.002.400-2, GAMA DIGITAL S.A.S. identificada con el Nit. 900353476 – 1, XENCO S.A. identificada con el Nit. 811009452 – 9 y CONSTRUVERTICAL S.A.S. con el Nit. 900494143 – 9.
Garante	Sin identificar , toda vez que en este proceso aparece la PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, identificada con el Nit. 860.002.400-2, pero en calidad de presunta responsable (folios 144 y 156 del cuaderno 1)
Hecho investigado	Presunta incidencia fiscal observada en hallazgos remitidos por la Secretaría de Evaluación y Control del Municipio de Medellín, los cuales fueron detallados en el Informe Final de la Auditoría Especial realizada a los Procesos Administrativos y de contratación, respecto de las vigencias 2014 y 2015, a la Entidad Pública, a la Plaza Mayor.
Cuantía	MIL NOVECIENTOS DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHO PESOS M.L. (\$1.916.588.508) ¹

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 102 de 23 de julio de 2019, expedida 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 Nº 290 del 3 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 022 de 2016.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS INVESTIGADOS

La presente pesquisa fiscal se inició en virtud de hallazgo fiscal resultante del oficio 201600001368 del 13 de mayo de 2016, suscrito por el Secretario de Evaluación y Control del Municipio de Medellín, en razón de una compulsa de copias que realizó el Secretario de Evaluación y Control del Municipio de Medellín, y que versa sobre observaciones con presunta incidencia fiscal formuladas dentro de la Auditoría realizada por la Oficina de Control Interno del Municipio de Medellín a la entidad Pública Plaza Mayor Medellín Convenciones y Exposiciones S.A., identificada con Nit. 890.909.297-2.

Dicha Auditoría corresponde a los años 2014 y 2015 y las supuestas observaciones con incidencia fiscal que reportó el Secretario de Evaluación y Control del Municipio de Medellín, la cual está condensada en siete (7) Hechos con los respectivos valores reprochados por la Auditoría Interna del Municipio de Medellín.

A continuación se describen cada uno de los siete (7) hechos que reportó la Auditoría Interna del Municipio de Medellín:

1. *Con relación a la contratación bajo las modalidades de invitación pública y privada (contratos superiores a 50SMMVL) (Ver observación 2.1. del informe final)², los*

² “Observaciones del Auditado

“2. Contratación bajo la modalidad invitación pública y privada.

2.1. Nos permitimos informar que los contratos de Tatiana Tobón Upegui, Grupo Gratia SAS y Xenco S.A. fueron entregados por parte de la Secretaría General el 24 de febrero y recibidos por parte del auditor Fabio Gómez de la Secretaría de Evaluación y Control. Se anexan planillas de entrega (Anexo Nº 1, Medios magnéticos)

Sobre los demás expedientes no se encontraron los expedientes físicos en las oficinas de Plaza Mayor, razón por la cual no fueron entregados por la administración actual”.

La anterior respuesta al informe preliminar fue realizada por Plaza Mayor S.A. a través de oficio radicado con número 201600198311 del 27 de abril de 2016, en el Archivo General de la Alcaldía de Medellín, Pronunciamiento del equipo auditor, una vez analizada la respuesta entregada por Plaza Mayor, el equipo auditor realiza aclaración a la observación 2.1, toda vez, que los siguientes contratos recibidos no correspondían a las vigencias solicitadas.

- ✓ Grupo Gratia S.A.S. 2014, en la carpeta recibida, no se encontró información del proceso contractual realizado a la vigencia 2014. El expediente contiene documentos que hacen relación al proceso contractual del año 2015.
- ✓ Tatiana María Tobón Upegui 2015, en la carpeta recibida, se encontró información relacionada con el contrato celebrado durante la vigencia 2014 y no se encontró documentación del contrato realizado en el 2015, solicitado por el equipo auditor.

expedientes relacionados a continuación, no se pudieron verificar, debido a que los mismos no fueron suministrados por parte de la Dirección Jurídica de Plaza Mayor SA.:

VIGENCIA	PROVEEDOR	OBJETO	CUANTÍA
2014	“Ivano Franco villa”	“Adecuación de los objetos en unos climaboxes para objetos etnológicos que permitan su exhibición en plaza mayor”	\$136.210.000
2014	“Grupo Gratia S.A.S.”	“Prestación de servicios de operación logística para los eventos institucionales y capacitaciones del DPN y los relacionados con la divulgación y recolección de información para la construcción del PND”	\$571.203.524
2014	“Artes y Diseños Creativos EU”	“Prestación de servicios de aseo integrado, apoyo logístico en contaje y desmontaje de los eventos y mantenimiento básico de la infraestructura y oficios varios”	Cuantía Indeterminada
2015	“Tatiana María Tobón Upegui”	“Prestación de servicios como asesor jurídico a la Dirección Jurídica de plaza mayor”	\$45.980.000
2015	“La Previsora S.A. Compañía de Seguros”	“Renovación de pólizas de seguros que amparen los bienes muebles, inmuebles e intereses patrimoniales de la entidad y de aquellos por los que sea o llegare a ser legalmente responsable, ubicados en el territorio nacional, así como de la adecuada protección de las personas a su servicio, según las condiciones estipuladas en el pliego, sus anexos y las adendas del mismo a que haya lugar”	\$214.019.195
2015	“Gama Digital S.A.S.”	“Exhibición en los puntos clave que el área de comunicaciones del proyecto parques del río designe, alusivo a feria de flores, en este caso, serán lonas de una referencia de flores en las pantallas anti ruido que tiene el proyecto por instaladas”	\$55.397.572
2015	“Xenco S.A.”	“Prestación de servicios de soporte, mantenimiento, actualización, asesoría, capacitación y nuevos desarrollos del ERP-SAFIX”	\$33.659.947
2015	“Construvertical S.A.S”	“Obras civiles para la reparación y el mantenimiento de las instalaciones de plaza mayor Medellín, durante el año 2015, obra aprobada en el comité 2 del 2 de marzo.”	\$296.582.712
TOTAL CUANTÍA			\$1.353.052.950

“En observación realizada por el auditado frente a las cifras y datos presentados, éste indica que “...no se encontraron los expedientes físicos en las oficinas de Plaza Mayor, razón por la cual no fueron entregados por la administración actual”.

-
- ✓ Xenco S.A. 2015, Se recibieron dos (2) carpetas numeradas como carpetas 2 y 3 respectivamente, faltó por entregar la número 1. En los expedientes recibidos no se encontró documentación del contrato realizado en el 2015, solicitado por el equipo auditor. De acuerdo a lo anterior, la observación 2.1 se mantiene”. ...

2. “Con relación a la adquisición de bienes y servicios bajo la modalidad de contrato marco (ver observación 3.4. del informe final)³, se tiene que “Seis (6) contratos marco correspondientes a la vigencia de 2013, tienen facturas pagadas en el año 2014 por valor de \$157.495.945, sin evidencia de que se hayan generado vigencias futuras, Otrosí o un nuevo contrato”.
3. “Con relación a los descuentos comerciales pactados con los aliados estratégicos (contrato marco) (ver observación 4.2. del informe final)⁴, se avizoró, al cruzar las bases de datos de aliados estratégicos que las vigencias 2014 – 2015 suministradas por la Dirección de Supervisión e Interventoría, con la información de las compras realizadas y con la categorización en el ERP-SAFIX como contratos marco, teniendo en cuenta el reporte suministrados por el área de contabilidad de los descuentos por año para cada proveedor y al realizar el recálculo del indicador “Rentabilidad proceso contractual” que “los datos que reposan en el mismo, no reflejan la realidad de los movimientos efectuados con dichas cuentas de proveedores durante cada vigencia, toda vez, que la información con la que se calcula el indicador, es tomada con base al valor presupuestal y el descuento se aplica, a la base del valor facturado sin tener en cuenta impuestos”.

AÑO 2014			
CATEGORÍA	VALOR DESCUENTOS REPORTADO CONTABILIDAD CATEGORIAS 2014	VALOR DESCUENTO REPORTADO EN INDICADOR AÑO 2014	DIFERENCIA
Tiquetes	\$ 20.163.603	\$ 3.526.231	\$ 16.637.372
Hoteles	\$ 40.924.567	\$ 7.557.094	\$ 33.367.473
Litografía	\$ 414.636.007	\$ 277.503.504	\$ 137.132.503
Transporte	\$ 94.445.624	\$ 26.590.852	\$ 67.854.772
Agencias de Publicidad	-	\$ 60.521.916	\$ (60.521.916)
TOTALES	\$ 570.169.801	\$ 375.699.597	\$ 194.470.204

³ “3.4. Seis (6) contratos marco correspondientes a la vigencia 2013, tienen facturas pagadas en el año 2014 por valor de \$157.495.945, sin evidencia de que se hayan generado vigencias futuras, Otrosí o un nuevo contrato. (Ver relación pantallazos SAFIX en el anexo 3.5).” Obra a folios vuelto 45 – 46.

⁴ “Observaciones del auditado

“4. Descuentos comerciales pactados con los aliados estratégicos

4.2. En cuanto a los descuentos comerciales, queremos informar que estos fueron eliminados de los nuevos contratos de suministros Marco Vigentes a partir de abril de 2016, por lo tanto no se realizará plan de mejoramiento porque no se volverá a presentar dichos descuentos”

La anterior respuesta al informe preliminar fue realizada por Plaza Mayor S.A., a través de oficio radicado con número 201600198311 del 27 de abril de 2016, en el Archivo General de la Alcaldía de Medellín.

Pronunciamiento del equipo auditor

La respuesta entregada, no modifica lo encontrado teniendo en cuenta, que el alcance de la auditoría correspondió a (las) vigencias 2014 y 2015”.

AÑO 2015			
CATEGORÍA	VALOR DESCUENTOS REPORTADO CONTABILIDAD CATEGORIAS 2015	VALOR DESCUENTO REPORTADO EN INDICADOR AÑO 2015	DIFERENCIA
Tiquetes	\$ 4.078.754	\$ 11.961.957	\$ (7.883.203)
Hoteles	\$ 38.567.946	\$ 64.513.037	\$ (25.945.091)
Litografía	\$ 332.719.436	\$ 481.478.811	\$ (148.759.375)
Transporte	\$ 107.103.470	\$ 234.247.900	\$ (127.144.430)
Agencias de Publicidad	\$ 69.125.247	\$ 107.267.125	\$ (38.141.878)
TOTALES	\$ 551.594.853	\$ 899.468.830	\$ (347.873.977)

“Así pues (Ver numeral 4.3. informe final)⁵, “Teniendo en cuenta el cruce realizado para los años 2014 y 2015, los valores que no se evidenciaron como descontados se aproximan a \$12.547.056, mientras que para el año 2015 a \$25.587.694; no obstante, se debe tener presente que no se tuvo en cuenta los descuentos aplicados con los [pagos] realizados del año 2016”.

4. Con relación a procesos de contratación hasta 50 SMMLV, procedimiento realizado de forma manual y a través del ERP-SAFIX (Ver observación 6.3. del informe final)⁶, se tiene que “de la muestra solicitada, se revisaron nueve (9) contratos de prestación de servicios profesionales, en los cuales no se encontró evidencia de la aprobación por parte del Comité Asesor de Contratación. Adicionalmente, en el contrato PSPM 1035 de 2014 celebrado entre Plaza Mayor S.A. y Leidy Adriana Caro Rodríguez, se observó lo siguiente:

- ✓ Contrato sin firma del contratante y firmado por el contratista.
- ✓ Acta de inicio del 07 de enero de 2014, sin firma del contratista.
- ✓ Acta de inicio del 24 de junio de 2014, sin firma del supervisor.
- ✓ Formato de adquisición de bienes y servicios, sin firma del supervisor.

⁵ Dicha observación obra de folios vto 14 – vto 15, de la cual esta Contraloría resalta lo siguiente: “... los pagos a dichos proveedores no siempre quedan dentro del mismo año de haberse facturado el producto o servicio, al cambiar de año la tarifa a aplicar de descuentos también varía, lo que genera diferencias con respecto al ingreso que se espera recibir, incumpliendo con la norma básica de Asociación establecida en el Decreto 2649 de 1993; lo anterior toda vez que los ingresos no operacionales producto de dichos descuentos, no están quedando dentro del mismo año con relación a los costos y gastos que se derivaron de dicha compra o prestación de servicio; incluso, podría llegar a afectar a la entidad por concepto de impuestos relacionados con el IVA y Renta.

Lo manifestado, se presenta por falta de diseño e implementación de controles para la organización y actualización de la base de datos de los contratos marco, inaplicación de las normas de contabilidad generalmente aceptadas, lo que podría generar pérdidas económicas, fraude, pérdida de imagen institucional, pérdida de información y errores en la operación de los procesos”.

⁶ “6.3. De la muestra solicitada, se revisaron nueve (9) contratos de prestación de servicios profesionales, en los cuales no se encontró evidencia de la aprobación por parte del Comité Asesor de Contratación. Adicionalmente, en el contrato PSPM 1035 de 2014 celebrado entre Plaza Mayor S.A. y Leidy Adriana Caro Rodriguez, se observó lo siguiente:

- ✓ Contrato sin firma del contratante y firmado por el contratista.
- ✓ Acta de inicio del 07 de enero de 2014, sin firma del contratista.
- ✓ Acta de inicio del 24 de junio de 2014, sin firma del supervisor.
- ✓ Formato de adquisición de bienes y servicios, sin firma del supervisor.
- ✓ Formato de adición de recursos-prórroga- Otrosí, sin firma en el campo denominado responsable del proceso. (Ver pantallazo contrato y documentos en el anexo 5.2.)”.

- ✓ *Formato de adición de recursos-prorroga- Otrosí, sin firma en el campo denominado responsable del proceso”.*

“Así mismo (ver observación 6.4. del informe final)⁷, “se recibió el contrato Marco de Suministro de Bienes y Servicios “MCOPC 023 del 2013”, celebrado entre Plaza Mayor S.A y Rumbas de la Ciudad S.A.S., con fecha 14 de junio de 2013, de cuantía indeterminada y plazo hasta el 31 de diciembre de 2013. Con relación a este contrato, durante las vigencias 2014-2015, se le efectuaron pagos al contratista, por valor \$11.106.288, sin tener contrato vigente; toda vez que el OTROSÍ, realizado para la ampliación del plazo y adición de recursos del 17 de diciembre de 2013, se encontró dentro del expediente sin firmas de las partes y sin soportes de su legalización”.

5. Con relación al acuerdo de colaboración empresarial entre Plaza Mayor Medellín Convenciones S.A. y CINCO S.A.S. (Ver observación 9.2. del informe final)⁸, se encontró en el expediente contractual que “(...) en el OTROSÍ N°2, se modificó la cláusula cuarta del acuerdo de colaboración y no quedó incluida la instalación de las cámaras de reconocimiento de matrícula, según lo definido en el acuerdo. Además, no se observó que, con ocasión del incumplimiento del contrato inicial, Plaza Mayor S.A. hubiese iniciado las acciones tendientes para hacer efectiva la garantía del cumplimiento general de las obligaciones contraídas, en cuantía equivalente a \$300.000.000, exigida en la cláusula trigésima tercera del acuerdo, esto, por no cumplir con la propuesta presentada y con base en la cual se adjudicó el acuerdo de colaboración”.

“Además (ver observación 9.6., del informe final)⁹, conforme al subcontrato entre CINCO S.A.S. e [INVERNEGOS] S.A.S., no encontró el equipo auditor “(...) soporte del 12% del precio de venta de cada servicio, del cual CINCO S.A.S., debería entregar a Plaza Mayor conforme a los porcentajes de distribución de utilidades contempladas en el acuerdo de colaboración;

⁷ “6.4. Se recibió el contrato Marco de Suministro de Bienes y Servicios “MCOPC 023 del 2013”, celebrado entre Plaza Mayor S.A y Rumbas de la Ciudad S.A.S., con fecha 14 de junio de 2013, de cuantía indeterminada y plazo hasta el 31 de diciembre de 2013. Con relación a este contrato, durante las vigencias 2014-2015, se le efectuaron pagos al contratista, por valor \$11.106.288, sin tener contrato vigente; toda vez que el OTROSÍ, realizado para la ampliación del plazo y adición de recursos del 17 de diciembre de 2013, se encontró dentro del expediente sin firmas de las partes y sin soportes de su legalización. (Ver pantallazo Contrato, Otrosí, y registro en ERP-SAFIX en el anexo 5.3.”.

⁸ “... De la misma manera se incumple con el principio de planeación definido en el Artículo 4, [de la] Resolución 021 del 25 de enero de 2013, el cual dice: “b. Principio de Planeación: Se orienta a exigir que la decisión de contratar responda a necesidades plenamente identificadas, estudiadas, evaluadas y presupuestadas, en una etapa anterior al inicio de la contratación por parte de Plaza Mayor S.A, evitando que el desarrollo de los procedimientos de contratación sean producto de la improvisación de la mera discrecionalidad de la empresa o de sus trabajadores, desligada del interés corporativo y de las necesidades reales de la empresa”.

⁹ “... Al indagar sobre el 12% del precio de venta de cada servicio la Coordinación Inmobiliaria suministra un oficio del 15 de agosto de 2014, dirigido al representante legal de Invernagos S.A.S. y remitido por el Representante Legal de CINCO S.A.S., en el que le manifiesta que a partir del 14 de agosto, le será otorgada la facultad del no pago del 12% adicional, que se venía pagando por los servicios prestados. Teniendo en cuenta que el valor del 12% se formalizó a través de un subcontrato, es a través de la misma figura que se debió modificar la cláusula cuarta, por lo tanto, el oficio carece de validez y de prueba para sustentar el no recibo del 12%. (Ver Anexo Contrato Colaboración y Contrato Invernagos S.A.S. en el anexo 7.6.)

Lo anterior, se presenta por falta de controles efectivos; así como por inaplicación de la normatividad en materia contractual y por la definición de procedimientos sin tener en cuenta la segregación de funciones, lo que podría generar pérdidas económicas, fraude, pérdida de imagen institucional, pérdida de información”.

así como tampoco, se evidenció el reconocimiento por costo de los servicios públicos que consume INVERNEGOS S.A.S.”.

6. Con relación al recaudo de parqueaderos (**ver observación 10 del informe final**), tiene que: “Dentro de las actividades definidas en el procedimiento gestión Inmobiliaria y relacionada la Gestión Operativa de Parqueaderos, se encuentra la actividad 33 la cual dice: “Realizar el recaudo del parqueadero según instructivo I-GAF005 Recaudo parqueaderos ingresando la información en el formato”.

“Para verificar el cumplimiento del criterio definido, el equipo auditor utilizó una muestra de seis (6) días con el registro de ingresos de vehículos a los parqueaderos de Plaza Mayor S.A., cuya información queda en el sistema AIDI PARKING, propiedad de empresa CINCO S.A.S. La muestra corresponde al cierre de las siguientes fechas: 10 y 29 de diciembre de 2014, 28 y 30 de julio y 02 y 18 de diciembre de 2015; encontrando lo siguiente:

- ✓ El valor registrado en el sistema AIDI PARKING de los seis (6) días es \$22.048.400 y lo recibido por Plaza Mayor S.A. asciende a la suma de \$44.025.350, y conforme a la documentación recibida de los recaudos diarios, no se logró identificar la diferencia.
- ✓ La Coordinación Inmobiliaria no entregó soporte del recaudo del parqueadero en formato F-GAF024, ni soporte de consignación del recaudo efectuado en los días 28 y 30 de julio y 02 y 18 de diciembre de 2015 por valor de \$36.684.750.
- ✓ Los valores registrados en el extracto bancario equivalentes a \$10.722.650 y \$11.970.900, no corresponden con el valor del cierre recibido por Plaza Mayor S.A. en los días 28 y 30 de julio de 2015”.

7. Con relación al procedimiento Gestión Inmobiliaria – Arriendo locales, oficinas y bodegas (**Ver observación 12 del informe final**), se tiene que:

“Ver observación 12.6 del informe final: Al realizar el recálculo del valor mensual fijado en los contratos de arrendamiento, celebrados durante la vigencia 2015, se encontró que para un (1) contrato se fijó un valor mensual superior al obtenido y según el valor de la tarifa definido por metro cuadrado en la resolución sin número de febrero de 2015 “Por medio del cual se actualizan las tarifas y políticas comerciales para la vigencia 2015”, cobrando un mayor valor al arrendatario, y a cinco (5) contratos, se les fijó un valor mensual inferior de acuerdo con el resultado obtenido en el recálculo, circunstancia que llevó a que Plaza Mayor S.A. obtuviera menos ingresos por un valor estimado de \$1.676.152 mensuales, que representan aproximadamente \$20.113.825 por el año 2015.

“Ver observación 12.8 del informe final: “Para el año 2015, la cartera por contratos de arrendamiento de bodegas, locales y oficinas quedó con un saldo de cartera vencida por \$181.863.072 y un saldo total de cuenta por cobrar por \$685.189.598 (...). (Vto 33 -35)

"Igualmente, se allega Informe Final de Auditoría "Procedimientos Gestión y Trámite contractual, compras y gestión inmobiliaria de Plaza Mayor S.A.", elaborado por el Equipo Auditor de la Secretaría de Evaluación y Control del Municipio de Medellín".

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables se determinó en el Hallazgo de Auditoría a las siguientes personas:

GABRIEL JAIME RICO BETANCUR, con la cédula 98.557.722, FERNANDO CORDOBA CARMONA, con 70.324.204, COMPAÑÍA INTEGRAL NEGOCIOS DE COLOMBIA S.A.S., con Nit. 811.042.087-2, LEIDY ADRIANA CARO RODRIGUEZ, con cédula 33.377.538, RUMBAS DE LA CIUDAD S.A.S., con Nit. 900.614.232-2 CINCO S.A.S., con Nit. 811.042.087 – 2, INVERNEGOS S.A.S., identificada con Nit. 900.669.241 – 5, GRUPO GRATIA S.A.S., identificada con Nit. 900582147 – 5, TATIANA MARIA TOBÓN UPEGUI, identificada con la cédula de ciudadanía 43200707, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, identificada con el Nit. 860.002.400-2, GAMA DIGITAL S.A.S., identificada con el Nit. 900353476 – 1, XENCO S.A., identificada con el Nit. 811009452 – 9 y CONSTRUVERTICAL S.A.S., con el Nit. 900494143 – 9.

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó Plaza Mayor Medellín Convenciones y Exposiciones S.A., identificada con Nit. 890.909.297-2.

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado fue identificado en cuantía de MIL NOVECIENTOS DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHO PESOS M.L. (\$1.916.588.508)¹⁰

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Como garante, no se identificó ninguna persona jurídica, toda vez que en este proceso aparece la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, identificada con el Nit. 860.002.400-2, pero en calidad de presunta responsable (folios 144 y 156 del cuaderno 1)

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Mediante Auto 295 del 09 de agosto de 2016, se comisionó al abogado MARTIN ALONSO GARCÍA AGUDELO, para sustanciar el proceso con radicado 039 de 2016 (folio 1 del cuaderno 1).

- En virtud del Auto 238 del 02 de agosto 2017, se ordenó **realizar Indagación Preliminar**, dentro del proceso con radicado **039 de 2016** (folio 89 al 90 del cuaderno 1).
- Por medio del Auto 389 del 22 de noviembre de 2017, se comisionó al abogado JUAN MARIO BUSTAMANTE MEJÍA, para sustanciar el Proceso con radicado **039 de 2016** (folio 137 del cuaderno 1).
- Median el Auto 040 del 30 de enero de 2018, se comisiono al abogado CARLOS ARTURO CALLEJAS ZAPATA, para sustanciar el Proceso con radicado **039 de 2016** (folio 138 al 139 del cuaderno 1).
- A través del Auto 068 del 16 de febrero de 2018, se comisionó a la abogada RUTH TATIANA PINO, para sustanciar el proceso con radicado **039 de 2016** (folio 140 al 141 del cuaderno 1).
- Median el Auto 515 del 27 de agosto de 2018, se comisiono a la abogada RUTH TATIANA PINO, para sustanciar el Proceso con radicado **039 de 2016** (folio 142 al 143 del cuaderno 1).
- En virtud del Auto 738 del 30 de noviembre de 2018, se APERTURO el PROCESO con radicado **039 de 2016** (folio 144 al 162 del cuaderno 1).
- A través del Auto 099 del 10 de febrero de 2020, se comisionó a la abogada AIDA DEL CARMEN RODRIGUEZ CARMONA, para sustanciar el proceso con radicado **039 de 2016** (folio 171 al 172 del cuaderno 1).
- Mediante el Auto 225 del 17 de marzo de 2020 se acató lo resuelto por el Superior (folios 173 al 174 del cuaderno 1)
- En virtud de la Resolución 143 del 27 de abril de 2020 se suspendió términos, radicado **039 de 2016** (folio 177 al 178 del cuaderno 1).
- En la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020 se reanudaron términos, dentro del radicado **039 de 2016** (folio 195 al 197 del cuaderno 1).
- En el Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se acató lo resuelto por el Superior dentro del radicado **039 de 2016** (folios 198 al 199, cuaderno 1)
- En la Resolución 126 del 17 de marzo de 2020 se suspendió términos, dentro del radicado **039 de 2016** (folio 200 al 201 del cuaderno 1).
- A través del Auto 219 del 14 de mayo de 2021, se autorizó expedir copias dentro del radicado **039 de 2016** (folio 255 del cuaderno 2)
- Mediante Oficio E 202100001980 del 24 de julio de 2021 se practicó pruebas dentro del radicado **039 de 2016** (256 al 260 del cuaderno 2).
- Acta de notificación del presunto doctor FERNANDO DE JESÚS CORDOBA CARMONA (folio 287 del cuaderno 2).

II. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto Nº 403 del 24 de agosto de 2021, ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal basándose en la figura de la Cesación de la Acción Fiscal, y por tanto ordenó el

consecuente archivo de la investigación, anunciando que no se configuraron los requisitos de la responsabilidad fiscal previstos en el marco jurídico, toda vez que en autos no se vislumbra el daño patrimonial ni la conducta gravemente culposa o dolosa.

Analiza la providencia consultada, los elementos de la Responsabilidad Fiscal, establecidos en el artículo 5° de la ley 610 de 2000 (modificado por el Decreto 403 de 2020), desglosandolo primigeniamente el daño patrimonial y luego pasa a pronunciarse sobre el elemento subjetivo, dolo o culpa grave.

Se arguye además, que como quiera que se demostró la inexistencia del daño patrimonial no se hizo necesario examinar de forma detenida el elemento subjetivo, es decir la conducta dolosa o gravemente culposa, atribuible a quienes en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal, hayan ocasionado menoscabo al patrimonio del Estado.

Partiendo de manera metodológica de lo anteriormente esbozado, el aquo sintetiza la decisión consultada bajo los elementos probatorios y mediante los cuales se logró establecer que los presuntos responsables fiscales no incurrieron en daño patrimonial así:

“Es por lo anterior que el Despacho considera que han quedado desvirtuados todos los hallazgos vertido en el Auto de Apertura 738 del 30 de noviembre de 2018, en consecuencia la única alternativa procesal que en derecho corresponde tomar por parte del Despacho es la de Ordenar el Archivo de este Proceso con radicado 039 de 2016.

III. 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 la Resolución 102 de 2019 expedida por la Contraloría General de Medellín, la Contralor 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."¹¹.

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

¹¹ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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

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

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

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 Constitucional¹² y la Ley¹³.

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 que 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, modificado por el Decreto 403 de 2020 como: ”

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

¹² Sentencia SU 620 de 1996

¹³ Ley 610 de 2000

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.

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. (ii) las irregularidades en desarrollo de los contratos objeto de glosa a la luz del daño patrimonial (iii) la Decisión.

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

(i) la normativa aplicable en materia de contratación al sujeto de control

La Constitución Política se refiere expresamente a las sociedades de economía mixta en los artículos 150 numeral 73, 3004, 3135 y transitorio 20, 6.

Y la Ley 489 de 19987 consagra, entre otros aspectos, la estructura general de la administración pública nacional y dentro de esta la de la rama ejecutiva del poder público,y en su artículo 97 las define asi:

“ARTÍCULO 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

“Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

“PARÁGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Aunque el inciso segundo de esta norma establecía una condición a la categoría de una entidad como “sociedad de economía mixta” al hecho de que aquella contara con una participación estatal igual o superior al 50% de su capital suscrito y pagado, pero fue declarado inexistente por la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999.

Resulta claro entonces concluir que a partir de dicha sentencia (C-953 de 1999) las sociedades de economía mixta son aquellas que crean o autorizan al legislador (en el orden nacional), a las asambleas departamentales o los concejos municipales y distritales (en sus respectivos niveles), y cuyo capital se compone de aportes (distintos de inversiones temporales de carácter financiero) efectuados tanto por particulares como por entidades públicas de cualquier tipo, independientemente del porcentaje o grado de participación que el Estado tenga en dicho capital.

A su vez los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998 disponen que las sociedades de economía mixta forman parte de la rama ejecutiva del poder público, en el sector descentralizado por servicios.

En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 prescribe que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12º, 13º y 17º; 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994.¹⁰

Y en lo que respecta al régimen contractual, es el artículo 2º de la Ley 80 de 1993¹¹ la norma que las incluyó en la definición de “entidades estatales”, y que por tanto están sujetas a las normas de dicho estatuto, esto cuando aquellas *tengan participación superior al cincuenta por ciento (50%)*.

Sin embargo el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007¹², modificado por el 93 de la Ley 1474 de 2011¹³, dispuso que “...las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley”.

Es por todo lo anterior, que el sujeto de control que se examina en esta oportunidad procesal, en lo que respecta a su proceso contractual, lo rige el derecho privado.

Aunque el régimen de las sociedades de economía mixta, según las consideraciones anotadas, corresponde al privado, no puede obviarse el contenido

del artículo 13 del Estatuto contractual publico, preceptúa que las entidades del Estado que cuenten con un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán aplicar, en todo caso, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal

Como en los regímenes exceptuados toda la actividad contractual -en sentido amplio- se rige por el derecho privado, es claro que esta no se limita a la ejecución del contrato, pues los principios, entre ellos el de planeación exige el cumplimiento de sus fases, es decir, que los manuales de contratación deben ser el reflejo de ello y por tanto el derrotero para guiar los procesos contractuales de los mismos.

(ii) Las irregularidades u omisiones contractuales – Daño patrimonial.

El daño al patrimonio publico puede provenir de múltiples fuentes y circunstancias, asi lo permite inferir la norma que lo define, Ley 610 de 2000 modificada por el decreto 403 de 2020.

Es por lo anterior que para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de un daño antijurídico, y que para el caso de la responsabilidad patrimonial lo es el daño patrimonial.

Las normas citadas en parrafos precedentes, nos dan cuenta que es la entidad publica que se rige por el derecho privado la responsable de establecer las reglas generales del proceso contractual a traves de los manuales de contratación, en otras palabras, el procedimiento para seleccionar sus contratistas,procedimiento que debe contener los requisitos mínimos que aconseja Colombia Compra eficiente y que en definitiva deben acatar los principios de la funcion administrativa.

No puede obviarse que este manual de contratación seguramente obedecerá a un trámite que por economía debe ser agil, en consideración a que en él, se esta permitiendo la competencia a la entidad con el sector, sin que ello implique la violación a los principios.

Es por eso que las formalidades en el proceso contractual, que se rige del derecho privado, dista del Estatuto contractual publico, seguramente en la agilidad del procedimiento, en terminos de trámite, pero que en definitiva deben salvaguardar la integridad de los citados principios y del patrimonio publico.

En ese orden los manuales de contratación, de un lado, garantizan que la autoridad estatal que actúa, seguirá un trámite objetivamente dispuesto para esa clase de proceso de selección, lo que supone ausencia de arbitrariedades al momento de seleccionar un contratista, y de otro lado, permitir a la entidad un sendero claro y

concreto a seguir, que le permita actuar en términos de igualdad y en competencia con el sector, a través de una contratación eficaz y eficiente, evitando demoras, contradicciones y dilaciones innecesarias.

De acuerdo a lo anterior, observa esta agencia que este procedimiento creado por la entidad como sujeto de control debe ser entendido en principio como la norma que los rige, pero que en todo caso estos deben desarrollar la aplicación de los principios de la función administrativa y por tanto la actividad contractual debe ser examinada concretamente a partir del acatamiento de todos ellos.

Y aunque los manuales de contratación constituyen reglas de procedimiento para los sujetos de control del régimen exceptuado, es necesario precisar que aunque la jurisprudencia los ha denominado como actos administrativos, así lo ha anunciado la Alta Corporación Administrativa en sentencia emitida por la *Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de mayo de 2018, expediente 34795, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*.

“Así las cosas, la Sala encuentra que es la propia Ley 142 la que faculta a las empresas de servicios públicos domiciliarios a dictar todos los actos necesarios para su administración, en consecuencia, los manuales de contratación no son nada distinto que una manifestación de dicha competencia atribuida directamente por la ley, que, en virtud de su contenido material y del capital 100% público de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, revisten la forma jurídica de actos administrativos de contenido general, sin que ello signifique que su régimen contractual sea el del derecho público pues, como se verá este sólo se aplicará de manera excepcional”.

Y respecto de los actos precontractuales en sentencia de unificación la Sección Tercera Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA Bogotá, el tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003) ha señalado:

“Se extraen los siguientes puntos de unificación: -Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudirse a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria. -Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa. - Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa. -Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el

juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

La jurisprudencia de esta Corporación no ha tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos. En efecto, incluso cuando la regla general de conocimiento de las controversias precontractuales y contractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios era de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, salvo cuando se constataban efectivos actos administrativos por expresa disposición legal, se entendía que se trataba de típicos actos enmarcados en el derecho privado. Prueba de lo anterior corresponde a la ya citada providencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997, que señaló que “los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”. Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas : una, según la cual, se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial . Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho”

Lo anterior cobra importancia, para significar que si bien los manuales de contratación son las guías de las entidades en los regímenes exceptuados, la contratación de aquella debe ser examinada en concordancia con los principios de la función administrativa y los manuales de contratación, como lo dispone la legislación, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configuren las faltas administrativas, penales, disciplinarias y cuando sea del caso fiscales, estas últimas a partir de la evidencia de la configuración de un daño patrimonial.

Se advierte entonces, de que no cualquier defecto u omisión puede tener la virtualidad de ser tratado como falta de orden fiscal, puesto que no toda omisión en la contratación debe considerarse con el alcance suficiente para generar un hallazgo fiscal, siendo únicamente las que ciertamente configuren un daño patrimonial las llamadas a motivar una declaratoria de responsabilidad fiscal.

Al respecto, la decisión consultada fue acertada al señalar que revisado el manual de contratación, y las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que no existe daño patrimonial, pues es claro que todas ellas llevan a una misma conclusión, se trató de irregularidades advertidas por el organo auditor pero que no tienen la virtualidad de constituir daño patrimonial veamos la conclusion del fallador de primera instancia, conclusión con la que coincide esta Agencia Fiscal:

*"Frente al **HECHO UNO** y que tiene que ver con relación la contratación bajo las modalidades de invitación pública y privada (contratos superiores a 50 SMMLV) fueron objeto de análisis por parte del Despacho de dichos contratos, de los cuales existe trazabilidad desde la licitación, celebración del contrato, ejecución, pagos realizados, evidencias de ejecución y acta de liquidación o estado en que quedó, y en tal virtud queda desvirtuado este hecho.*

HECHO DOS. Este hecho versa sobre la adquisición de bienes y servicios bajo la modalidad de contrato marco y respecto a los seis (6) contratos marco correspondientes a la vigencia de 2013, que tienen facturas pagadas en el año 2014 por valor de \$157.495.945, fueron analizadas las evidencias que refuerzan la documentación de soporte que posee la empresa Plaza Mayor Medellín S.A. y que obra en el expediente y que se relacionan en el cuadro que sigue:

Sobre este asunto el Despacho pudo establecer que los contratos anteriormente mencionados se ejecutaron conforme al manual de contratación de la entidad, respondiendo a los principios de la función pública y el control fiscal, en el marco de una empresa de economía mixta en competencia en el mercado.

HECHO TRES: El cual tiene que ver con los descuentos comerciales pactados con los aliados estratégicos (contrato marco) en el cual se avizoró, se pudo establecer que al cruzar las bases de datos de aliados estratégicos que las vigencias 2014 – 2015 suministradas por la Dirección de Supervisión e Interventoría, con la información de las compras realizadas y con la categorización en el ERP-SAFIX como contratos marco, teniendo en cuenta el reporte suministrado por el área de contabilidad de los descuentos por año para cada proveedor y al realizar el recálculo del indicador “Rentabilidad proceso contractual” que “los datos que reposan en el mismo, no reflejan la realidad de los movimientos efectuados con dichas cuentas de proveedores durante cada vigencia, toda vez, que la información con la que se calcula el indicador, es tomada con base al valor presupuestal y el descuento se aplica, a la base del valor facturado sin tener en cuenta impuestos”, ver copia de los contratos marco, celebrados entre los proveedores específicos que se relacionan en el siguiente cuadro, que los hacia sujetos pasivos de los descuentos no efectuados carpeta digital punto 1 folio 286 del cuaderno 2.

Seguidamente se realiza la descripción de las condiciones para realizar los descuentos comerciales, también se relacionan en un cuadro que aparece posteriormente, veamos:

A) partir de la indagación hecha a personal que trabajó para la época de los hechos que motivan este requerimiento, la Secretaría General pudo conocer que, Plaza Mayor Medellín

había adoptado una política de no aplicación de descuentos comerciales, obedeciendo a las siguientes razones:

El contratista marco haya realizado pagos a terceros en nombre de Plaza Mayor, por fuera del objeto contractual o el servicio contratado.

B). Porque durante la ejecución de la prestación del servicio, las condiciones se hayan visto modificadas sustancialmente de manera imprevisible e irresistible, haciendo más gravoso el cumplimiento de las obligaciones por parte del proveedor marco, y ninguna de las partes haya tenido injerencia en estas modificaciones.

C. Por el retardo en el pago por más de 180 días desde la emisión del recibo a satisfacción.

Esta política obedeció a un tratamiento equitativo con el proveedor, pues la aplicación del beneficio a favor de Plaza Mayor podría representar un eventual desequilibrio económico para aquél.

De la aplicación de dicha política se encontraron los siguientes casos que demuestran o evidencian su justificación:

- Proveedor Francisco Montoya Uribe. Contrato MCOPC-010 de 2013. No se practicó descuento debido a que el pago correspondió a “pago a terceros”.
- Proveedor Juan David Lopera. Contrato MCOPC-020 de 2013. No se practicó el descuento acordado por cuanto el pago al proveedor se realizó en un plazo superior a 180 días posteriores a la radicación de la factura (fecha de radicación factura: 16 de enero de 2014. Fecha de pago 11 de agosto de 2014).
- Proveedor Telecinco S.A.S: Contrato PMCD 006-2014. No tuvo ejecución como proveedor MARCO, por ende, no aplicó la política de descuentos. Los egresos obedecen a otro contrato celebrado con este mismo proveedor, para la realización del programa de televisión de la entidad, en el que no aplicaba la política de descuentos comerciales.

HECHO 4: Se estableció que cada contrato fue realizado por el área jurídica atendiendo a los principios administrativos y al manual de contratación, con procesos de selección y un interventor o supervisor que certificara su cumplimiento, en criterio del Despacho lo que ocurrió fue que al momento de la auditoría la entidad no pudo entregar información completa, lo cual porse no constituye un detrimiento patrimonial para el estado, lo cual se prueba con la información obrante en los expedientes contractuales de la contratista Leidy Adriana Caro Rodríguez. (Ver carpeta “Punto 4. Leidy Adriana Caro Rodríguez”).

Así mismo respecto al contrato Marco de Suministros de Bienes y Servicios "MCOP 023 de 2013" celebrado entre Plaza Mayor y Rumbas de la Ciudad S.A. S con fecha 14 de junio de 2013, de cuantía indeterminada y plazo hasta el 31 de diciembre de 2013, se analizó los soportes dispuestos en el expediente contractual del contratista. (Ver carpeta “Punto 5. Rumbas de la Ciudad”), allí también aparecen copias de la factura y los documentos que sirvieron de soporte para la autorización de los pagos por valor de \$11.106.288 efectuados en

el 2014 a Rumbas de la Ciudad SAS.”, igualmente las facturas generadas con sus respectivos egresos y soportes del contratista. (Ver carpeta “Punto 5. Rumbas de la Ciudad”).

Aunado a lo anterior se analizaron los expedientes administrativos del contrato celebrado con Rumbas de la Ciudad SAS (celebración del contrato, ejecución, pagos, realizados, informes de interventoría o supervisión, evidencias de ejecución y acta de liquidación o estado en que quedo).

HECHO 5: “Con respecto al acuerdo de colaboración empresarial entre Plaza Mayor Medellín Convenciones S.A. y CINCO S.A.S. en el cual se encontró en el expediente contractual que (...) en el OTROSI No. 2 se modificó la cláusula cuarta del acuerdo de colaboración y no quedó incluida la instalación de las cámaras de reconocimiento de matrícula, según lo definido en el acuerdo. Además, no se observó que, con ocasión del incumplimiento del contrato inicial, Plaza Mayor S.A. hubiese iniciado las acciones tendientes para hacer efectiva la garantía del cumplimiento general de las obligaciones contraídas, en cuantía equivalente a \$300.000.000, exigida en la cláusula trigésima tercera del acuerdo, esto, por no cumplir con la propuesta presentada y con base en la cual se adjudicó el acuerdo de colaboración.

“Además, conforme al subcontrato entre CINCO S.A.S. e INVERNEGOS S.A.S. en donde no encontró el equipo auditor (...) soporte del 12% del precio de venta de cada servicio, del cual CINCO S.A.S. debería entregar a Plaza Mayor conforme a los porcentajes de distribución de utilidades contempladas en el acuerdo de colaboración; así como tampoco, se evidenció el reconocimiento por costo de los servicios públicos que consume INVERNEGOS S.A.S.”.

En relación a este **hecho 5**, el Despacho analizó la evidencia del acuerdo de colaboración entre CINCO S.A.S y PLAZA MAYOR MEDELLIN S.A., además copia del Otro si N. 1 y No. 2 celebrado entre las partes, igualmente se analizó los archivos en PDF ubicados en la carpeta “Info contractual” donde se evidencia el contrato inicial y los otros N°1 y N° 2 También fue objeto de análisis probatorio el contrato celebrado entre CINCO S.A.S. e INVERNEGOS S.A.S., del análisis se colige que, si bien PLAZA MAYOR no tenía ningún tipo de relación contractual con este último, contaba con copia del “subcontrato de arrendamiento de área común” entre las partes antes mencionadas.

“HECHO 6: Con respecto al recaudo de parqueaderos, que tiene: “Dentro de las actividades definidas en el procedimiento gestión inmobiliaria y relacionada la Gestión Operativa de parqueaderos, en donde se encuentra la actividad 33 la cual dice: “Realizar el recaudo del parqueadero según instructivo I-GAF005 Recaudo parqueaderos ingresando la información en el formato”.

Al respecto el Despacho logró establecer que en su momento, la entidad encontraron con el colaborador CINCO SAS la posibilidad de prestar un servicio eficiente y de calidad lo cual se prueba, con análisis del equipo auditor que utilizó una muestra de seis (6) días con el registro de vehículos a los parqueaderos de Plaza Mayor S.A. cuya información queda en el sistema AIDI PARKING, propiedad de empresa CINCO S.A.S., la muestra corresponde al cierre de las siguientes fechas: 10 y 29 de diciembre de 2014 y 30 de julio y 02 y 18 de diciembre de 2015, cuyo valor registrado sistema AIDI PARKING de los seis (6) días es \$22.048.400 y lo recibido por Plaza Mayor S.A. asciende a la suma de \$44.025.350 y conforme a la documentación recibida de los recaudos diarios, identificando una diferencia positiva a favor

de la entidad, determinando así eficiencia fiscal y ausencia de detrimento patrimonial, es decir, del mismo análisis que realizó el Equipo Auditor se visualiza un saldo a favor de la Entidad Auditada, por lo tanto en este caso tampoco se avizora daño al patrimonio público y los comportamientos variables en el recaudo de parqueaderos puede corresponder a momentos de amplia ocupación de áreas y a otros meses de poca afluencia.

"Hecho 7: Con relación al procedimiento Gestión inmobiliaria – arriendos locales, oficinas y bodegas en donde se tiene que al realizar el recálculo del valor mensual fijado en los contratos de arrendamiento, celebrados durante la vigencia 2015, se encontró que para un (1) contrato se fijó un valor mensual superior al obtenido y según el valor de la tarifa definido por metro cuadrado en la resolución sin número de febrero de 2015 "Por medio del cual se actualizan las tarifas y políticas comerciales para la vigencia 2015" cobrando un mayor valor mensual inferior de acuerdo con el resultado obtenido en el recálculo, circunstancia que llevó a que Plaza Mayor S.A. obtuviera menos ingresos por un valor estimado de \$1.676.152 mensuales, que representan aproximadamente \$20.113.825 por el año 2015.

Al respecto pudo determinar el Despacho que para el año 2015, la cartera por contratos de arrendamiento de bodegas locales y oficinas quedó con un saldo de cartera vencida por \$181.863.072 y un saldo total de cuenta por cobrar por \$685.189.598, en el mismo sentido fue objeto de evaluación la resolución sin número de febrero de 2015 "Por medio de la cual se actualizan las tarifas y políticas comerciales para vigencia 2015" (Ver carpeta "Punto 8. Contratos Inmobiliaria"), respecto a los avalúos o estudios para definir el canon mensual por metro cuadrado a arrendar por Plaza Mayor, en la materia debe tenerse en cuenta que el valor del metro cuadrado siempre ha obedecido a comparativos del valor de dicha unidad de medida en lugares o ambientes semejantes al del entorno de Plaza Mayor, para la actividad de oferta gastronómica principalmente.

En cuanto al reproche que señaló el Equipo Auditor, se estableció las obligaciones (cuentas por cobrar) con corte a 31 de diciembre de 2015, por los contratos de arrendamiento vigentes, contrario a lo que manifestó el Equipo Auditor **no prescribieron, ni ocurrió respecto de los mismos, el fenómeno de caducidad de acción alguna para su cobro**, la Eficiencia en el cobro y recaudo se visualiza en el siguiente cuadro resumen,

NOMBRE	INMOBILIARIA	NÚMERO OBLIGACIÓN	FECHA	VENCE	VENCIDA ACUERDO N° DE OBLIGACIÓN	COBRAR AL 31 DE DICIEMBRE DE 2015	ESTADO
A LA CARTA S.A.S	FELLINI A LA CARTA	17013	14/10/2014	14/11/2014	\$ 2.842.346,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		17326	7/11/2014	7/12/2014	\$ 3.384.574,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		18013	18/12/2014	18/01/2015	\$ 495.820,00	\$ 8.258.361,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		18405	26/01/2015	26/03/2015	\$ 883.575,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		13673	18/06/2015	18/07/2015	\$ 711.636,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
CORPORACIÓN CANAL UNIVERSITARIO DE ANTIOQUIA	CANAL U	12278	5/03/2013	5/04/2014	\$ 6.774.174,00	\$ 34.126.371,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
OVD COMUNICACIONES S.A.S	VIDEO DIGITAL	20305	6/07/2015	6/08/2015	\$ 49.383,00	\$ 54.530,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
SANDOVAL ECHEVERRÍA ALEJANDRO	SANDWICH CLUBANO	14846	7/02/2014	7/03/2014	\$ 3.577.498,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
CORRALES CHÁNS IRAM DICOMAR	LAS DELICIAS DEL PALACIO	15261	28/03/2014	28/04/2014	\$ 6.386.094,00	\$ 17.206.184,24	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		20386	5/08/2015	5/09/2015	\$ 2.154.380,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		20568	18/08/2015	19/09/2015	\$ 150.846,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		17508	4/11/2014	7/12/2014	\$ 2.594.060,00	\$ 5.967.132,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
BARRERA AVENDAÑO CRISTIAN EDUARDO	ALL STAR	20306	5/08/2015	5/09/2015	\$ 641.680,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
MUNICIPIO DE MEDELLÍN ZULETA AGUIRRE LIZ MIRIAM	SECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA	19810	5/08/2015	5/07/2015	\$ 1.302.799,00	\$ 6.718.121,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		19974	18/06/2015	18/07/2015	\$ 848.857,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		15501	29/04/2014	29/05/2014	\$ 415.046,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		15046	2/07/2014	2/08/2014	\$ 135.720.339,00	\$ 550.960.562	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
SENA SENA	SENA	17665	3/12/2014	3/01/2015	\$ 2.153.396,00		NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		19835	5/06/2015	5/07/2015	\$ 89.598,00	\$ 254.598,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		19833	26/05/2014	26/06/2014	\$ 1.289.377,00		
		17120	21/10/2014	21/11/2014	\$ 165.566,00		
COOPERATIVA DE CAMPUCULTORES COOPERATIVA DE CAMPUCULTORES DE ANDES LTDA FUNDACIÓN MEDELLÍN CONVENTIONS & VISITORS BUREAU OSPINA DE OSPINA	BUREAU	17134	21/10/2014	21/11/2014	\$ 1.104.393,00	\$ 23.756.293,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		20396	16/01/2014	16/08/2014	\$ 156.572,00		
		19020	20/03/2015	20/04/2015	\$ 711.070,00	\$ 9.349.607,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
EDILIMA DEL SOCOMBO	CANDLEJAS	19366	17/04/2015	17/05/2015	\$ 645.516,00	\$ 38.172.379,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA
		19016	18/12/2014	18/01/2015	\$ 108.634,00	\$ 10.083.246,00	NO TIENE SALDO VIGENTE EN CARTERA

Aunado a lo que antecede cabe anotar que la versión libre que presentó el doctor FERNANDO DE JESÚS CORDOBA CARMONA, identificado con la cédula 70.324.204 expedida en el Municipio de Girardota, es coincidente con los medios probatorios obrante en el expediente en especial el extenso material de prueba que se ubica en el CD y USB en el folio 286 del cuaderno 2, documentos digitales que fueron aportados por la Entidad Auditada mediante oficio con radicado de correspondencia R 201200001642 del 29 de julio de 2021.

Es por lo anterior que el Despacho considera que han quedado desvirtuados todos los hallazgos vertido en el Auto de Apertura 738 del 30 de noviembre de 2018, en consecuencia la única alternativa procesal que en derecho corresponde tomar por parte del Despacho es la de Ordenar el Archivo de este Proceso con radicado 039 de 2016”.

(iii) Decisión.

Ahora bien, esta Agencia Fiscal debe partir de una premisa incuestionable para decidir el grado de consulta y es que los supuestos hechos que configuraron los hallazgos fiscales dan cuenta de irregularidades en la contratación, sin que se evidencie que a partir de aquellos se configura un daño patrimonial.

En realidad se recuerda que la conducta indicada en los hechos objeto del informe de hallazgo, no muestran la existencia de un daño patrimonial, esto con independencia de las consideraciones que se resaltan y que en su gran mayoría son resultantes de no brindar en su momento el expediente contractual, pero que luego en la etapa de investigación formal fueron totalmente allegados, con lo que se visualizó la total ausencia de daño patrimonial.

De conformidad con 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°403** del 24 de agosto de 2021, mediante el cual ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal basándose en la figura de la Cesación de la Acción Fiscal,

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

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín.

Proyectó: Beatriz E. Colorado A., Profesional Universitario
Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica