

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO No.036 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO Nº034 DE 2014.

Medellín, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto Nº 457 del 15 de septiembre de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 034 de 2014
Entidad Afectada:	Aguas de Urabá S.A E.S.P identificada con NIT 900072303
Presuntos Responsables:	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Carlos Enrique Restrepo Vélez, con cédula de ciudadanía 98.549.440. ➤ Xiomara Isabel Flórez Mathieu, con cédula de ciudadanía 43.740.167. ➤ Carlos Alfonso López Parra, con cédula de ciudadanía 79.576.749. ➤ Hernán Dario Hurtado Pérez, con cédula de ciudadanía 3.629.039.
Garante:	Seguros Generales Suramericana S.A y Royal & Sun Alliance S.A.
Hecho Investigado:	Por medio del oficio con radicado 201400002054 la Contraloría General de Antioquia remitió a este Ente de Control Fiscal una queja del señor Luis Carlos López contra Aguas de Urabá S.A. E.S.P., por pagar sumas de dinero a Corpourabá por la contaminación del río Apartadó en el Municipio de Turbo. Los funcionarios de la C.A.A.F. EPM Filiales Aguas al momento de realizar las verificaciones del caso en la ciudad de Apartadó y en Corpourabá encontraron que la empresa Aguas de Urabá S.A. E.S.P., fue sancionada por medio de la Resolución 200-03-20-04-0313-2013 del 18 de marzo de 2013 por un valor de \$41.207.000 por incumplimiento al plan de saneamiento y manejo de vertimientos aprobado por Corpourabá mediante Resolución 1532 de 2009, debido a que no se realizaron gestiones para evitar dicho vertimiento al río Apartadó. Dicha Resolución fue recurrida por el sujeto de control el 10 de abril de 2013 afirmando que si se han adelantado inversiones tendientes al mejoramiento del alcantarillado en el Municipio de Turbo. El 2 de octubre de 2013 por medio de la Resolución 1626 se decidió el recurso confirmado y manteniendo la sanción por el mismo monto, es decir \$41.207.000, los cuales fueron pagados el 24 de enero de 2014, según comprobante de pago 2206.
Cuantía:	Cuarenta y un Millones Doscientos Siete Mil Pesos (\$41.207.000)
Decisión:	CONFIRMA LA DECISIÓN CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política,

los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 y 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 457 del 15 de septiembre de 2021, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 034 de 2014.

II. ANTECEDENTES

1. HECHO INVESTIGADO

El presente averiguatorio fiscal se inició en virtud del traslado realizado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM Filiales Aguas, mediante memorando 047720-201400008766 del 20 de agosto de 2014, visibles a folios 5 y 6 del Cuaderno uno (1) y que fue estructurado por el equipo auditor de la siguiente forma:

"Por medio del oficio con radicado 201400002054 la Contraloría General de Antioquia remitió a este ente de Control Fiscal una queja del señor Luis Carlos López contra Aguas de Urabá S.A. E.S.P., por pagar sumas de dinero a Corpourabá por la contaminación del río Apartadó en el Municipio de Turbo. Los funcionarios de la CAAF EPM Filiales Aguas al momento de realizar las verificaciones del caso en la ciudad de Apartadó y en Corpourabá encontraron que la empresa Aguas de Urabá S.A. E.S.P., fue sancionada por medio de la Resolución 200-03-20-04-0313-2013 del 18 de marzo de 2013 por un valor de \$41.207.000 por incumplimiento al plan de saneamiento y manejo de vertimientos aprobado por Corpourabá mediante Resolución 1532 de 2009, debido a que no se realizaron gestiones para evitar dicho vertimiento al río Apartadó. Dicha resolución fue recurrida por el sujeto de control el 10 de abril de 2013 afirmando que si se han adelantado inversiones tendientes al mejoramiento del alcantarillado en el Municipio de Turbo. El 2 de octubre de 2013 por medio de la Resolución 1626 se decidió el recurso confirmado y manteniendo la sanción por el mismo monto, es decir \$41.207.000, los cuales fueron pagados el 24 de enero de 2014 según comprobante de pago No 2206.

Esta dependencia de control fiscal considera que hay un presunto detrimento patrimonial por la negligencia del sujeto de control a emprender acciones preventivas que podían haber evitado dicha situación, según estudios técnicos adelantados por Corpourabá, desde el momento de la aprobación del plan de saneamiento y manejo de vertimientos, desde el año 2009, por lo que se considera una vulneración al principio de eficiencia descrita en el artículo 8 de la Ley 42 de 1993".

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales se determinó en el Auto de Apertura de Investigación fiscal¹ a las siguientes personas:

¹ Folios 154 al 158 vuelto del Cuaderno 1.

- Carlos Enrique Vélez Restrepo, identificado con la cédula de ciudadanía 98.549.440
- Xiomara Isabel Flórez Mathieu, identificada con cédula de ciudadanía 43.740.167
- Carlos Alfonso López Parra, identificado con cédula de ciudadanía 79.576.749
- Hernán Darío Hurtado Pérez, identificado con la cédula de ciudadanía 3.629.039

2.1. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a la sociedad de naturaleza pública, prestadora de servicios públicos domiciliarios, AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., identificada con Nit. 900072303, empresa filial del grupo EPM, sociedad por acciones de tipo Anónimo, según lo establece el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, que tiene como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo de los Municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Chigorodó y Mutatá, la cual fue constituida mediante escritura pública No. 045 del 18 de enero de 2006. La empresa está conformada por capital público en su totalidad, y dentro de sus socios se encuentra Empresas Públicas de Medellín E.S.P., con un 59.27%, de participación; el Departamento de Antioquia con un 18.29%; los municipios antes descritos con el 18.39% y EPM Inversiones el 4.48%.

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

En el Auto de Apertura 178 del 3 de mayo de 2016² el daño patrimonial ocasionado a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. se determinó en la suma de CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SIETE MIL PESOS (\$41.207.000), por sanción impuesta por Corpourabá por incumplimiento a los Planes de Saneamiento, Manejo y Vertimiento a cargo de la empresa, debido a que no se realizaron gestiones para evitar vertimientos al río Apartadó.

2.3. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA.

Seguros Generales Suramericana S.A y Royal & Sun Alliance S.A

2.4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Auto 544 del 8 de octubre de 2014 “Por medio del cual se da inicio a una indagación preliminar” obrante en el plenario a (Folios 93 al 94 del Cuaderno 1).

² Folios 154 al 158 vuelto del Cuaderno 1.

- Auto 178 del 3 de mayo de 2016 “*Por medio del cual se apertura un proceso de Responsabilidad Fiscal, Radicado 034 de 2014*” obrante en el plenario a (Folios 154 al 158 vuelto del Cuaderno 1).
- Auto 017 del 26 de enero de 2021, mediante el cual se decreta la nulidad del Auto de Imputación proferido dentro del proceso con Radicado 034 de 2014 (Folios 690 al 701 del Cuaderno 4).
- Por medio de Auto 457 del 15 de septiembre de 2021, se ordena el archivo del proceso con Responsabilidad Fiscal 034 de 2014 (Folios 724 al 745 del cuaderno 4).
- El 21 de septiembre de 2021 se efectúa la remisión del Proceso de Responsabilidad Fiscal 034 de 2014, al Despacho de la Contralora General de Medellín, con el fin de que surta el grado de consulta (Folio 748 del cuaderno 4).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 457 del 15 de septiembre de 2021, ordenó el archivo del proceso con Responsabilidad Fiscal 034 de 2014 y que concita el conocimiento del Despacho; para lo cual se sintetizará los aspectos más relevantes de la decisión de instancia, las cuales se arguyeron así por el a quo:

Define en primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo primero (1°) de la Ley 610 de 2000, lo que es el proceso de responsabilidad fiscal, en consonancia con las modificaciones efectuadas en la Ley 1474 de 2011 y Decreto Ley 403 de 2020.

Sostiene por otra parte, que estando el averiguatorio fiscal en etapa de apertura, pues si bien se profirió Auto de imputación, el mismo fue anulado³, por lo que de acuerdo al acervo probatorio arrimado a la causa fiscal, es necesario entonces, con soporte en el mismo, determinar la procedencia de una imputación o en su defecto, el archivo del proceso.

El reproche fiscal objeto de glosa en el plenario milita sobre el traslado que efectuó la Contraloría Auxiliar de Auditoria Fiscal EPM Filiales Aguas, que tuvo su génesis en síntesis, en la sanción impuesta a Aguas de Urabá S.A E.S. P.; por parte de Corpourabá mediante Resolución 200-03-20-04-0313-2013 del día 18 de marzo de 2013, por valor de 41.207.000; por incumplimiento al Plan de Saneamiento y manejo de Vertimientos al río Apartadó, de acuerdo a Resolución 1532 de 2009, aprobada por Corpourabá.

³ Folios 690 al 701 del Cuaderno 4.

Sanción que fue recurrida por el sujeto de control, el día 10 de abril de 2013, sin embargo, mediante Resolución 1626 del 2 de octubre de 2013, se desató el recurso interpuesto, confirmando la sanción impuesta, la cual fue pagada el día 24 de enero de 2014, mediante comprobante de pago 2206.

Con tal supuesto fáctico, el instructor de instancia en la providencia objeto de consulta, analiza los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, analizando cada uno de los mismos, de manera metodológica, así:

En cuanto al elemento daño, de acuerdo a las Resoluciones esbozadas de manera precedente concluye el instructor de instancia que efectivamente y de acuerdo a las facturas y comprobantes hubo una disminución en los recursos que integraban el patrimonio de Aguas de Urabá S.A E.S.P; en la suma de \$41.207.000; para la fecha de pago, la cual no se hubiera producido de no haberse realizado los vertimientos de aguas residuales en los diferentes caños del Municipio de Turbo.

Por su parte, el concepto de gestión fiscal, de acuerdo a lo disciplinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001, se desprende que tal acepción implica la facultad de disponer, jurídica, financiera y materialmente de los recursos públicos, con miras a cumplir los fines del Estado y que el sujeto pasivo de la acción fiscal es un sujeto calificado, por cuanto la responsabilidad fiscal sólo es predictable de quien ostenta la condición de gestor fiscal.

El hecho generador del daño y el daño mismo, se consolidan en fechas diferentes; pues el daño al patrimonio de Aguas de Urabá, se consolida el 24 de enero de 2014, fecha en la cual se paga la sanción impuesta, mientras que el hecho generador del daño de acuerdo a la Resolución que impone la sanción⁴ es la contaminación por vertimiento de aguas residuales en las calles aledañas a la estación de bombeo del barrio Jesús Mora y el vertimiento directo sobre los caños Veranillo y Puerto Tranca, del Municipio de Turbo, debido a que las aguas no estaban siendo bombeadas al sistema de tratamiento. El hecho generador del daño se arguye en la providencia, se circscribe a un periodo específico, que se contabiliza desde la época en que un ciudadano radica la queja inicial que da lugar al inicio de la investigación por parte de Corpourabá el día 19 de abril de 2012, por los vertimientos de aguas residuales en los caños del Municipio de Turbo hasta que se suspenden definitivamente los vertimientos irregulares y se comunica oficialmente el día 10 de abril de 2013.

Determinado entonces, el interregno o espacio temporal en que se produce el hecho generador del daño y que el mismo comportaba el ejercicio de gestión fiscal, según se desprende de las funciones del gerente obrante en el cartulario fiscal⁵:

⁴ Resolución 200-03-20-04-0313-2013 del 18 de marzo de 2013

⁵ Escritura 157 del 26 de enero de 2007, CD Folio 7 del Cuaderno 1,

1. *“Representar a la sociedad y administrar su patrimonio. Al respecto el gerente podrá celebrar o ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad cuya cuantía no exceda quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (...)*
2. *Cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva*
3. *Dirigir la sociedad en sus relaciones internas y externas y comprometerla con sus actos*
4. *Ser el responsable de establecer y mantener el control interno, entendido como el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizadas por la administración de la compañía de modo que mediante indicadores de objetivos precisos se asegure el mejoramiento y la evaluación de la compañía (...)"*

Así entonces, elucubra el a quo, que de acuerdo a las funciones asignadas al gerente de Aguas de Urabá S.A. E.S.P fungía como Gestor Fiscal.

De acuerdo a la certificación obrante⁶ se desprende que el señor Hernán Darío Hurtado Pérez, identificado con número de cédula 3.629.039 ocupó el cargo de gerente del 15 de enero de 2008 al 28 de octubre de 2010, el señor Carlos Alfonso López Parra, identificado con cédula 79.576.749, se desempeñó como Gerente del 15 de diciembre de 2010 al 25 de mayo de 2012; Xiomara Isabel Flórez Mathieu, identificada con cédula 43.740.167 ocupó el cargo de Gerente, del 11 de julio de 2012 al 18 de noviembre de 2012 y el señor Carlos Enrique Vélez Restrepo, identificado con cédula 98.549.440 se desempeñó desde el 20 de noviembre, encontrándose aun vinculado para la fecha del mencionado oficio⁷.

De acuerdo a lo anterior se esboza en el proveído, que de acuerdo al hecho generador del daño, y teniendo en cuenta los tiempos laborados como gerentes por los presuntos responsables, se tiene que únicamente el señor Hernán Darío Hurtado Pérez, no tenía ninguna titularidad jurídica respecto a los recursos y bienes de Aguas de Urabá, pues no ocupaba ningún cargo en la entidad, cuando se estructuró el hecho generador del daño.

En cuanto a la conducta dolosa o culposa de los presuntos responsables fiscales, el a quo sólo analizó la conducta de los señores Carlos Alfonso López Parra, Xiomara Isabel Flórez Mathieu y Carlos Enrique Vélez Restrepo, pues en cuanto al presunto responsable fiscal Hurtado Pérez, no tenía la titularidad jurídica respecto a los bienes y recursos del sujeto de control y por ende, no ejercía gestión fiscal.

Cimienta su análisis sobre la conducta dolosa o culposa con lo que en tal aspecto ha enseñado la colegiatura contenciosa al señalar entre otras⁸:

⁶ Folio 76 del Cuaderno 1

⁷ Oficio del 8 de agosto de 2018, Folio 76 del Cuaderno 1.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 30226.

“(...) el resultado dañino es el producto de la infracción al deber objetivo de cuidado que el agente debió haber previsto por ser previsible, o habiéndolo 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.

Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico.”

Expone que el derecho administrativo no consagra ninguna definición de culpa aplicable a las actuaciones administrativas del procedimiento de responsabilidad fiscal regulado por la Ley 610 de 2000, por lo que el operador fiscal deberá echar mano de la definición que en tal aspecto consagra el artículo 63 del Código Civil.

Esgrime que el dolo o la culpa es uno de los elementos que integran la responsabilidad fiscal y de no comprobarse su existencia, no podrá proferirse Auto de Imputación en los términos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000 y habrá lugar a archivo conforme con lo establecido en el artículo 47 de la precitada disposición normativa.

Sostiene por otra parte, que la decisión tomada por Corpourabá de sancionar a Aguas de Urabá por los vertimientos de aguas residuales en los diferentes caños del Municipio de Turbo, tiene básicamente un carácter objetivo, fundamentado en el daño del recurso natural, en este caso, a las fuentes hídricas, sin atender otros factores subjetivos como la conducta de los involucrados. Así se desprende de lo consignado en la Resolución⁹ por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Aguas de Urabá, al precisarse por esa entidad

“En el contenido del documento se resaltan diversas actividades que, si bien evidencian la mejoría y avances sobre el sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Turbo, con sus delimitaciones, ubicaciones y avances técnicos, deberán constituirse, como un atenuante de la actividad tentativa, contra los Recursos Naturales, en este caso Recurso Hídrico, que se encuentra apadrinado para la situación concreta por el decreto 1541 de 1978 y el decreto 3930 de 2010, la disminución del riesgo, y la minimización del daño son factores que se consideran dentro de los parámetros y variables contenidas en la ecuación que consagra la resolución 2086/2010 del MMADS, para la tasación de multas, por lo proveído considerar la exención o eliminación radical de la sanción no es viable, toda vez

⁹ Resolución 200-03-2007-1626-2013 del 2 de octubre de 2013, Folios 145 y 148 del Cuaderno 1.

que las mitigaciones del riesgo fueron factores considerados dentro de la imposición de la respectiva sanción”

Arguye el a-quo por otra parte, que de acuerdo a la esbozado que la autoridad ambiental reconoce actuaciones, mejorías y avances en el sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio de Turbo, sin embargo, tales actuaciones no impiden la imposición de la sanción, pues lo relevante es el daño sufrido por los recursos naturales, situación que difiere a la que ocurre con la responsabilidad fiscal, en la que el elemento subjetivo, si es determinante para la declaratoria o no de dicha responsabilidad, siendo preciso entonces, evaluar la conducta del agente en relación con el daño ocasionado y el cual debe ser consecuencia del dolo o culpa grave.

Bajo las anteriores premisas, el instructor de instancia concluye, con soporte en el acopio probatorio obrante en el cartulario fiscal, que en la conducta desplegada por los presuntos responsables fiscales, no es dable pregonar la culpa grave o el dolo, pues aunado a lo anterior, el vertimiento en los caños del Municipio de Turbo obedeció a la conducta desplegada por terceros, situación que fue puesta en conocimiento de la administración municipal.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

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

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, Decreto Legislativo 403 de 2020 y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y las Resoluciones 092 de 2020 150 de 2021 expedida por la Contraloría General de Medellín, la Contralora General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se

dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000) (Modificado por el artículo 132 del Decreto Legislativo 403 de 2020).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida."¹⁰.

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

¹⁰ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

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 Constitucional¹¹ y la Ley¹².

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 2000¹³, 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..."*.

¹¹ Sentencia SU 620 de 1996

¹² Ley 610 de 2000

¹³ Modificado por el artículo 126 del Decreto 403 de 2020

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

Previo a dilucidar el problema jurídico, esta superioridad deberá determinar si en el plenario, se ha presentado el fenómeno jurídico de la prescripción de la responsabilidad fiscal, partiendo bajo la premisa, que el Auto de Apertura del proceso de responsabilidad fiscal fue proferido el día 3 de mayo de 2016¹⁴, para lo cual es necesario discernir lo siguiente:

La prescripción en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁵ tiene una doble connotación, pues a través de ella se puede, de un lado adquirir bienes ajenos y, de otro, extinguir acciones o derechos. La primera de ella es conocida como prescripción adquisitiva, en tanto la segunda es denominada como prescripción extintiva.

Por su parte, y 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, hay caducidad cuando transcurrido el lapso establecido por el ordenamiento jurídico no se inicia ninguna actuación tendiente a hacer efectiva cierta prerrogativa.

Ahora bien, el artículo 9º de la Ley 610 de 2000¹⁶, vigente para la época de los hechos, reguló la aplicación de esas dos figuras 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 trato 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.”

¹⁴ Folios 154 al 158 vuelto del Cuaderno 1.

¹⁵Artículo 2512. La prescripción es un modo de adquirir las cosas, ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción. Código Civil Colombiano.

¹⁶ Este artículo fue objeto de modificación a través del artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020.

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.

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

“Repárese que el inciso primero se refiere al término de caducidad y el inciso 2º 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.”¹⁷ (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 la Contraloría, para proferir una decisión declarativa de la responsabilidad 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 saber 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-. En contraposición, si lo que se pretende es determinar si la responsabilidad fiscal prescribió, el parámetro a tener en cuenta es la fecha del Auto de Apertura del procedimiento -extremo inicial- y la fecha en la que decisión definitiva quedó en firme -extremo final-.

Descendiendo al tema objeto de decisión en esta providencia se tiene que el Auto 178 que dio inicio al proceso de responsabilidad fiscal 034 – 2014 fue proferido el **3 de mayo de 2014** «Folios 154 al 158 vuelto del Cuaderno 1». Fecha ésta que se deberá tener como - extremo inicial - para efectos de contar el quinquenio para que opere la prescripción del trámite del proceso.

De otro lado, este Organismo de Control Fiscal tendría como - extremo final – para haber proferido decisión final dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 034 – 2014, hasta

¹⁷ 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.

el **3 de mayo de 2021**. Es decir, que a simple vista se podría colegir que habría prescrito la responsabilidad fiscal objeto de pesquisa el 3 de mayo de 2021.

Sin embargo, tal reflexión no sería ajustada, toda vez que los términos en los Procesos de Responsabilidad Fiscal y de las diferentes actuaciones administrativas de esta Agencia Fiscal estuvieron **suspendidos**, por causa de la contingencia en salud generada por el Covid 19 por las siguientes Resoluciones: 126 del 17 de marzo de 2020, 132 del 19 de marzo de 2020, 135 del 24 de marzo de 2020, 138 del 9 de abril de 2020. 143 del 27 de abril de 2020.

Para los procesos de responsabilidad fiscal, que es el caso que ocupa la atención del Despacho los términos estuvieron suspendidos desde el 17 de marzo de 2020 hasta el 14 de octubre de 2020; fecha en la cual se reanudaron los términos de acuerdo a la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020, expedida por este Despacho.

Así se colige del Auto 276 del 20 de octubre de 2020¹⁸, y en el cual se consigna por parte del a-quo que la reanudación de términos, se efectúa en actamiento a lo dispuesto en la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020.

Por lo tanto, en el presente proceso de responsabilidad fiscal, estuvieron suspendidos los términos desde el 17 de marzo de 2020¹⁹, hasta el 14 de octubre de 2020; (*fecha en la que se reanudaron los términos*), por lo que no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Así entonces, aunque han transcurrido cinco (5) años, cuatro (4) meses y 12 días; contados desde el Auto de Apertura (3 de mayo de 2016) hasta el 15 de septiembre de 2021 (fecha del Auto de Archivo) **no se ha producido el fenómeno jurídico de la prescripción**, entendida ésta como el plazo máximo que se tiene para declarar la responsabilidad fiscal y la consecuente sanción, o en su defecto para exonerar²⁰, toda vez que los términos estuvieron suspendidos en el interregno precisado y por tanto, la prescripción del mismo, acaecería el 29 de noviembre de 2021, para que quede en firme la correspondiente decisión definitiva que decida el proceso de responsabilidad fiscal objeto de consulta.

Ahora bien y en otro orden de ideas, es dable precisar que el sujeto de control, es una sociedad de naturaleza pública, prestadora de servicios públicos, conformada por capital público, como bien se precisó en su oportunidad por parte del Despacho.

En tal aspecto, es necesario acotar que en tratándose de las empresas de servicios públicos, en donde haya participación del Estado independiente del monto que el Estado

¹⁸ Folios 687 al 688 del Cuaderno 4.

¹⁹ Auto 225 del 17 de marzo de 2020, Folio 678 y vuelto del cuaderno 4.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 2 de mayo de 2013, Radicado 25000-23-24-00025-01

tenga en las mismas, son sujetos de control fiscal por parte de las contralorías respectivas.

Así lo ha precisado el Consejo de Estado al señalar, entre otras:

"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 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).

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 50 de la Ley 142 de 1994, que regula el control fiscal de las empresas de servicios públicos con participación del Estado precisó:

"La jurisprudencia de la Corte constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad u organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó establecido por el Constituyente.

(...) ningún ente por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejan fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.

Por lo tanto, la Corte considera necesario hacer una modulación del fallo en relación en relación con el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos que no tiene el 100% de los aportes del Estado, para lo cual declarará exequible el aparte acusado bajo el entendido que para ejercer el control fiscal en estas empresas la contraloría tiene amplias facultades para examinar la documentación referente a los bienes de propiedad del estado y los referentes a los aportes, actos y contratos celebrados por éste.

(...) debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal,

control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía” (Sentencia C-290 de 2002).

Del anterior soporte jurisprudencial, es dable afirmar que independiente de la participación del Estado en las empresas de servicios públicos, se predica que las Contralorías respectivas, pueden ejercer el control fiscal.

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, en el plenario está demostrado que los presuntos responsables fiscales no obraron con culpa grave como criterio cardinal de la decisión del a quo. Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá necesariamente abordar los elementos constitutivos de la responsabilidad, y por ello, discernir lo siguiente:

(i) La ocurrencia efectiva del elemento daño en el proceso objeto de consulta **(ii)** la verificación en el plenario del ejercicio de gestión fiscal por parte de los presuntos responsables fiscales y por último; **(iii)** la comprobación en el plenario, de si efectivamente, los presuntos responsables no actuaron con culpa grave.

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

(i) La ocurrencia efectiva del elemento daño en el proceso objeto de consulta

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 expedieron 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).

Así las cosas, para esta superioridad y sin mayores disquisiciones, no queda duda alguna, que en Autos se estructuró de manera efectiva el daño patrimonial al sujeto de control, pues está debidamente acreditado el pago como consecuencia de una sanción administrativa por parte de Corpourabá en contra del sujeto de control²¹

(ii) La verificación en el plenario del ejercicio de gestión fiscal por parte de los presuntos responsables fiscales.

La Ley 610 de 2000, en su artículo 3º define la noción de gestión fiscal y respecto a dicha definición la Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia C-840 de 2001, en los siguientes términos²²:

"Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios

²¹ Cd Folio 7 del Cuaderno 1 comprobante de egreso 2206.

²² Ley 610 de 2000, artículo 3: "Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

que de ordinario son predicables a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado"

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado²³:

"El contenido de la gestión fiscal está delimitada en su definición legal, jurisprudencial y doctrinaria, en la que se destaca que lo sustancial es que dicha gestión está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se lee en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, a saber: "Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

Respecto del alcance de la expresión **gestión fiscal**, la misma Corporación señaló²⁴:

"El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos".

En Autos está plenamente demostrado que la génesis del presente averiguatorio radica en la imposición de una multa de carácter administrativo sancionatorio por parte de Corpourabá en contra del sujeto de control objeto de pesquisa fiscal.

Ahora bien, para determinar en Autos quien ejercía gestión fiscal, era menester como bien lo disciplinó el a-quo determinar de acuerdo a las funciones de los presuntos responsables fiscales²⁵, si en efecto, ejercían control fiscal.

5. *"Representar a la sociedad y administrar su patrimonio. Al respecto el gerente podrá celebrar o ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad cuya cuantía no exceda quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (...)"*
6. *"Cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General de Accionistas y de la Junta Directiva*
7. *"Dirigir la sociedad en sus relaciones internas y externas y comprometerla con sus actos*

²³ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de septiembre de 2007. Radicado 25000-23-24-000-2001-01039-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de abril de 2010 radicado 66001-23-31-000-2006-00102-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta) (subrayas del Despacho).

²⁵ Escritura Pública 157 del 26 de enero de 2007, CD Folio 7 del Cuaderno 1.

8. Ser el responsable de establecer y mantener el control interno, entendido como el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizadas por la administración de la compañía de modo que mediante indicadores de objetivos precisos se asegure el mejoramiento y la evaluación de la compañía (...)"

Por tanto, de acuerdo a sus funciones como gerentes de Aguas de Urabá S.A. E.S.P de los presuntos responsables fiscales, se desprende de manera meridiana que tenían como función y por ende, como obligación, la correcta administración y funcionamiento de la entidad.

Ahora bien, uno de los presuntos responsables fiscales (*Hernán Darío Hurtado Pérez*), para el momento de la ocurrencia del hecho generador del daño (*del 19 de abril de 2012 al 10 de abril de 2013*) no fungió como gestor fiscal, pues para esa fecha no ocupaba el cargo de Gerente de Aguas de Urabá S.A E.S.P como de manera acertada lo preciso el instructor de instancia en el proveído objeto de consulta, ya que la eliminación de los vertimientos en la fecha que estos ocurrieron, no era su obligación pues ya no ejercía ningún cargo en el sujeto de control sancionado.

Reflexión anterior del a –quo que tiene soporte y que el Despacho comparte, en lo precisado por la justicia contenciosa, cuando en tal aspecto ha enseñado²⁶:

“Cuando el apelante estima que no era dable declararlo responsable fiscalmente porque el daño patrimonial del Estado se concreta en los pagos efectivos que este hizo a un contratista, pagos realizados por los Gerentes que le reemplazaron, incurre en el error de ignorar que ese pago al que se vio avocada la entidad tuvo fuente en la falta de planeación en la etapa precontractual, en la cual, tal y como se probó en la primera instancia, el actor tuvo toda la injerencia en su calidad de gestor fiscal de la Lotería de Boyacá.

En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo.

En otras palabras, el hecho dañino se presentó cuando el actor era gerente de la Lotería, y el daño patrimonial cuando ya se había retirado de la misma, en consecuencia, la Sala encuentra acertada la argumentación y análisis del fallo del Tribunal, y también en ese aspecto confirmará el mismo”.

(iii) la comprobación en el plenario, de si efectivamente, los presuntos responsables no actuaron con culpa grave.

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 13 de diciembre de 2012, Radicado 15001-23-31-000-2009-00247-01.

El objeto de pesquisa fiscal se cimienta en Autos, en la sanción impuesta al sujeto de control, de acuerdo a la Resolución 20003200403132013 del 18 de marzo de 2013, obrante en el cartulario²⁷, que radica de manera axial en el vertimiento de aguas residuales en las calles aledañas a la estación de bombeo del Barrio Jesús Mora y el vertimiento directo sobre el caño veranillo en el Municipio de Turbo, debido a que las aguas no están siendo bombeadas al sistema de tratamiento. Señalándose por otra parte, en el proveido de marras, que al parecer la comunidad del Barrio Buenos Aires, de esa misma entidad territorial selló el tubo que descarga las aguas residuales en el caño Puerto Tranca, que hace un recorrido hasta descargar directamente al caño Verranillo, Puerto Tranca y áreas circundantes a las estaciones de bombeo en el Municipio de Turbo.

Acto Administrativo que impuso la sanción. Que fue confirmada mediante Resolución 200-03-20-07-1626-2013 del 2 de octubre de 2013²⁸.

Precisado quedó por parte del Despacho, que los presuntos responsables fiscales ejercieron gestión fiscal (*con excepción del señor Hernán Dario Hurtado Pérez, de acuerdo a lo esbozado en acapites precedentes*) y se acreditó el daño al patrimonio público del sujeto de control, pues se itera, la sanción administrativa fue debidamente pagada²⁹.

No obstante lo anterior, para esta superioridad, el sólo daño al patrimonio del sujeto de control, y de contera el ejercicio de gestión fiscal, no son criterios suficientes para pregonar la responsabilidad fiscal en el presente proceso objeto de consulta, sino que en la imposición de una **multa y su correspondiente pago entre entidades públicas**, como es el caso de Autos, deberá discernirse si se configura la ausencia de dolo o culpa grave.

Aserción que no es temeraria, sino que se afina en lo que en tal aspecto ha señalado el Consejo de Estado, cuando en tal tópico ha indicado³⁰:

“En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión imputable a un gestor fiscal. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro entonces que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal. SNFT.”

*No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos, de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante **se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran**, vale decir, el **DAÑO PATRIMONIAL**, representado en este caso, por el **monto de los recursos que***

²⁷ Folios 10 al 15 del Cuaderno 1.

²⁸ Folios 145 al 148 del Cuaderno 1.

²⁹ CD Folio 7 del Cuaderno 1

³⁰ Sala de Consulta, Radicado 11001-03-06-000-2007 de noviembre 15 de 2007.

la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o intereses de mora, “la conducta dolosa o gravemente culposa” del servidor y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5º de la ley 610 de 2000)”. (Lo resaltado y subrayado es del Despacho).

Así entonces, el Despacho para dilucidar si efectivamente, no se obró con culpa grave por parte de los presuntos responsables, como así lo sentenció el a quo deberá verificar las actuaciones que al respecto realizaron, para que en una sana sindéresis confirme, o en su defecto, revoque el Auto objeto de consulta, pues en un plazo específico, esto es, del 19 de abril de 2012 (fecha de la queja) hasta el 10 de abril de 2013 (fecha en que se suspende definitivamente los vertimientos en atención a la medida preventiva decretada por Corpourabá) se afectaron unos recursos hídricos que dieron origen a la multa interpuesta por la autoridad de Control Ambiental Corporurbá; por ende, en ese lapso de tiempo se deberá comprender el análisis respectivo por parte de esta superioridad.

Obra en el plenario la Resolución³¹ 200-03-2001-1532-2009 por el cual se aprueba por parte de Corpourabá el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos presentados por Aguas de Urabá, para el área del Municipio de Turbo, pudiéndose observar del proveido de marras que las actividades que harán parte del Plan de “Reducción de puntos de Vertimientos” para las vigencias 2011, 2012 y 2013 estaba la eliminación de vertimientos en los caños Veranillo, Centro el Bosque y Puerto Tranca.

En la mencionada Resolución, se consagra en su Artículo Quinto, que “La Corporación supervisará la ejecución de obras y podrá verificar en cualquier momento el cumplimiento de lo dispuesto en la presente providencia, en el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos”.

No obstante tal facultad de verificación por parte de Corpourabá con relación al Plan de Saneamiento y Manejo de vertimientos que presentó Aguas de Urabá, el Despacho en la foliatura, no observó ningún requerimiento antes de la queja interpuesta por parte de la autoridad de Control Ambiental, y que fue la génesis de la sanción interpuesta con relación al cumplimiento de las actividades propuestas en “Reducción de puntos de vertimientos” y observese que el hecho generador del daño data de una calenda comprendida entre el 19 de abril de 2012 y el 13 de abril de 2013, lo que conlleva a colegir al Despacho que las actividades con relación al compromiso de reducción de puntos de vertimiento se venía cumpliendo por parte de la entidad sancionada (Aguas de Urabá S.A E.S.P.).

Por otra parte, si bien se tenía un Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos debidamente aprobados, los Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos” se ejecutaban de acuerdo al plan de inversiones aprobados internamente por la Junta Directiva del sujeto de control.

³¹ Folios 652 al 656 del Cuaderno 4

Esa intelección es la que esta superioridad y que el a-quo de manera atinada le otorgan al comunicado obrante en el proceso signado por el sujeto de control³² y que el Despacho se permite transcribir de la providencia objeto de consulta:

“Plan de Inversiones: Al respecto, es función del Gerente General de Aguas Regionales EPM S.A. E.S.P., “preparar los presupuestos anuales, los planes de acción y programas de inversión”, así como los estudios económicos de la sociedad, y someterlos a aprobación de la Junta Directiva, para su ejecución”. En consideración a ello el Gerente presenta el Plan de Inversiones a la Junta Directiva para su aprobación.

El Plan de Inversiones corresponde a un plan estratégico interno que no requiere de aprobación por parte de ninguna autoridad externa, por lo que CORPOURABÁ, no interviene en el mismo; no obstante, en dicho plan se considera por parte de la empresa las acciones y compromisos adquiridos en los PSMV, así como como los compromisos adquiridos en el Plan de Obras Regulador –POIR.

Las modificaciones a dicho plan también deben ser aprobados por la Junta Directiva quien también se encarga del seguimiento correspondiente”

En el mismo comunicado informa también Aguas Regionales:

“Dichas decisiones se toman previa recomendación desarrollada por el Equipo del proceso ambiental e Inversiones”.

Es decir, que se estructuraron unas actividades con relación a la reducción de vertimientos, la ejecución como tal que si bien dependía del gerente, la misma estaba supeditada a un plan de inversiones que era recomendado por un equipo del proceso ambiental de inversiones y aprobado por la Junta Directiva.

Por otra parte, se pudo vislumbrar por el Despacho que para el Municipio de Turbo, se tenía previsto por Aguas de Urabá un Plan de Inversiones en materia de aguas residuales, como bien se desprende de prueba obrante en el proceso³³ y el correspondiente plan de inversiones³⁴ para captación, consistente en obra civil por 1.065.0000 y para colectores la suma de 400.000.000.

También se efectuaron actividades y obras en redes de recolección de aguas residuales en las estaciones de bombeo Jesús Mora y Ciudadela Bolívar; y avance y ejecución en los proyectos relacionados con los suministros de bombas, para captación superficial, optimización de redes de acueducto y alcantarillado.

³² Folios 717 al 721 del Cuaderno 4.

³³ CD folio 657 del Cuaderno 4.

³⁴ CD Folio 662 del Cuaderno 4.

Es decir que se vislumbra en el plenario, que no hubo descuido o negligencia por parte de los presuntos responsables fiscales con relación al mejoramiento y adecuación de las redes de acueducto y alcantarillado, y con relación a los vertimientos a los caños del Municipio de Turbo, y las obras requeridas en su totalidad, estaban supeditadas a un plan de inversiones que era recomendado por un equipo del proceso ambiental y **aprobado** por la Junta Directiva.

Por otra parte, considera esta superioridad que se venía presentando un **vertimiento directo** (*en el tiempo en que duro los vertimientos objeto de multa*) por parte de la comunidad turbeña a caños del Municipio de Turbo, sin que sobre los mismos se hubiera realizado ninguna intervención ni colaboración por parte de la Entidad territorial, la cual estaba obligada a ello, en aras de la facultad preventiva que le otorgaba la Ley 1333 de 2009.

Así se desprende de oficio S-2013-01000-02913 del 18 de abril de 2013, que pone en conocimiento al señor Alcalde del Municipio de Turbo, por parte de Aguas de Urabá S.A. de la situación que se venía presentando en la *"infraestructura tratamiento primario de aguas residuales"* al solicitarse³⁵:

"Es necesario para la empresa aguas de Urabá S.A E.S.P poner en conocimiento de la administración municipal la situación específica que se viene presentando para garantizar la correcta operación y mantenimiento de las lagunas de oxidación de las Yuquitas , ubicada al sur-occidente del Municipio de Turbo, las cuales se encuentran afectadas por la invasión que se presenta que se presenta alrededor de ésta, debido a que están construidas en todo su perímetro viviendas que no permiten a la entidad prestadora del servicio contar con vías de acceso para ingresar a los equipos necesarios para las labores de optimización y mantenimiento (...) en las actividades que se deben realizar (...). Para la puesta en marcha de todas estas acciones, Aguas de Urabá S.A E.S.P necesita contar, lo más pronto posible, con el apoyo de la administración municipal para que nos facilite el acceso a las lagunas, implementando las acciones necesarias para el despeje de las áreas que garanticen su optimización, operación y mantenimiento.

(...) La ejecución de todas las actividades relacionadas, va encaminadas a la correcta prestación del servicio de alcantarillado en el casco urbano del Municipio de Turbo, mejorando de esta forma la calidad de vida de los habitantes de este y dando cumplimiento de los compromisos adquiridos con la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá –Corpourabá- en los Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos" (Lo resaltado es fuera de texto).

La comunidad en otro sector del Municipio de Turbo (Barrio Buenos Aires), también al parecer, de acuerdo a lo consignado en la Resolución 200-03-20-040313 de 18 de marzo de 2013 proferida por Corpourabá, en la que se indicó: "selló el tubo que descarga las aguas residuales en el Caño Puerto Tranca de la loacalidad mencionada, por lo que hace un recorrido hasta descargar directamente al Caño Veranillo".

³⁵ Folios 217 al 218 del Cuaderno 2

En criterio del Despacho, hubo una conducta externa de la comunidad Turbeña que influyó en el anormal vertimiento de aguas residuales en los caños objeto de la multa interpuesta, que no podía controlar el sujeto de control, sino la misma entidad territorial a través de sus funcionarios competentes, quienes al tenor de lo establecido en el artículo segundo (2º) de la Ley 1333 de 2009, tenían la facultad **a prevención** de evitar esos vertimientos irregulares por parte de la comunidad.

En efecto, el artículo en mención prescribe: **“Facultad a prevención. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales; las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Unidades Ambientales Urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993; los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 de 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades.”** (Lo resaltado es del Despacho).

En la causa fiscal, como acertadamente lo acotó el funcionario instructor de instancia, los presuntos responsables fiscales no tuvieron un comportamiento activo u omisivo doloso o culposo, en los términos que para tal efecto se ha disciplinado por la jurisprudencia al indicarse³⁶:

“Por su parte, la conducta hace referencia al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo, que provoca un daño al patrimonio público, atribuible a un agente cuyas funciones comportan el ejercicio de funciones administrativas de gestión fiscal”.

En relación con el dolo y la culpa grave el Consejo de Estado ha señalado, entre otras³⁷: *“Para caracterizar los mencionados conceptos de dolo y culpa grave, la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o su patrimonio, mientras que el segundo corresponde a un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario en el manejo de los asuntos ajenos que no admiten comparación, o en otras palabras, si se cuenta con elementos que permitan calificar la conducta como falta de diligencia extrema, equivalente a la señalada intención”*. (Lo resaltado es del Despacho). Así las cosas, considera el Despacho en una sana sindéresis, como de manera atinada lo elucubró el a-quo que en el presente proceso de responsabilidad fiscal, no se puede pregonar el elemento subjetivo de la culpa grave, para endilgar responsabilidad fiscal en el proceso de responsabilidad fiscal objeto de consulta.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 431 de 2015.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933.

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 Nº 457 del 15 de septiembre de 2021**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 034 de 2014** por la motivación expuesta en las consideraciones del presente acto administrativo.

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