

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°37 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 041-2015

Medellín, cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Objeto decisión Despacho Contralora	Resolver en grado de consulta
Decisión consultada:	Auto de archivo N° 468 del veintidós (22) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)
Entidad afectada:	Empresas Públicas de Medellín-EPM
Hecho (s) Investigado (s):	Presuntas irregularidades detectadas en las Actas de Baja de elementos de almacén de las EPM
Cuantía Total del daño:	Dos mil setecientos diez millones seiscientos cuarenta y cuatro mil quinientos diez pesos, (\$2.710.644.510).
Presunto(s) responsable(s):	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fernando Calad Chica, cédula 70.569.864. 2. Ramón Alonso Alzate Montoya, cédula 70.074.135 3. Jhon Jairo Celis Restrepo, cedula 71.640.921. 4. German Ignacio Figueroa Gallego, cédula 14.883.444. 5. Luis Javier Londoño Lozada, cédula 71.639.256. 6. Santiago Wilches Yepes, cédula 71.709.408. 7. Gabriel Jaime Vasquez, cédula 70.561.534. 8. León Arturo Yepes Enríquez, cédula 98.543.186. 9. Jaime Alonso Ortiz Rodríguez, cédula 71.672.293. 10. John Jairo Mejía Hernández, cédula 71.693.933. 11. Carlos Alberto Berrio Cadavid, cédula 2.776.056. 12. Luis Fernando Castaño Bedoya, cédula 71.658.201. 13. Astrubal Lenis Escobar, cédula 71.613.843. 14. Francisco Javier Álvarez Bernal, cédula 71.636.983. 15. Jorge Alberto Restrepo Betancur, cédula 98.546.615. 16. Juan Carlos Duque Ossa, cédula 71.595.526. 17. Dario Alberto Sanchez Sanchez, cédula 71.699.941. 18. Juan Carlos Nicholls Posada, cédula 71.594.713. 19. Ivan Dario Duque Aristizabal, cédula 71.657.058. 20. Carlos Mario Cadavid Arango,cédula 8.402.465. 21. Ángel Pablo Pérez Álvarez, cédula 70.126.160. 22. Luis Antonio Ortiz Culma, cédula 7.518.246. 23. Carlos Mario Jaramillo Duque, cédula 71.582.595. 24. Edgar Alexis Fernández Cardona, cédula 98.564.551.
Decisión Primera Instancia:	Archivo del proceso y desvinculación a las aseguradoras

Procedimiento:	Ordinario de doble instancia
Decisión en grado de consulta:	Confirmación
Garante:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A., cessionaria de ROYAL & Aliance Seguros S.A., NIT 860.002.505-7.

I. OBJETO DEL GRADO DE CONSULTA

La Contralora General de Medellín, en ejercicio de las facultades prescritas en las leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, y 1474 de 2011, el Decreto Ley 403 de 2020, el Acuerdo Municipal N° 087 de 2018, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*), procede a resolver en **grado de consulta** la decisión contenida en el Auto 468 del veintidós (22) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021) por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. HECHOS OBJETO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Según memorando 047722-201500009421 de 2015, de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 1, durante la ejecución de la Auditoría Especial realizada a los bienes de las Empresas Públicas de Medellín al revisar las **actas de bajas** durante la vigencia y los registros contables en el sistema JD Edwards Enterprise One, se avizoró que como **consecuencia del estado de inmovilidad** de los códigos dados de baja durante períodos de tiempo que van de uno hasta 15 años, la empresa dio de baja 1652 códigos de inventarios, lo que representa un supuesto daño cuantificado en la suma de \$2.710.644.510. Folio 6 del cuaderno 1.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Por medio del Auto 410 del 18 de septiembre de 2015, se ordenó realizar una Indagación Preliminar, dentro del proceso con radicado 041 de 2015. Folios 122 al 124.
- Por medio del Auto 163 del 26 de abril de 2016, se dio **apertura al proceso**. En este auto se ordenó la recepción de 24 versiones libres. Folios 213 al 217.
- A través del Auto 264 del 15 de julio de 2016, se decretó una prórroga de términos dentro del proceso con radicado 041 de 2015. Folios 786.

- Por medio del Auto 314 del 15 de junio de 2018, se decretaron pruebas testimoniales. Folio 833.
- Mediante Auto 551 del 31 de julio de 2019 se resolvió solicitud de nulidad Folio 1105.
- A través del Auto 553 del 31 de julio de 2019, se decretó práctica e incorporación de pruebas dentro del proceso con radicado 041 de 2015. Folio 1107.
- En virtud de la Resolución 143 del 27 de abril de 2020 se suspendieron términos de los procesos.
- En la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020 se reanudaron términos de los procesos.
- En el Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se acató lo resuelto por el Superior, radicado 041 de 2015.
- Por medio del Auto 074 del 10 de marzo de 2021, se comisionó al Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, Juan Diego González Puerta, para sustanciar el proceso.

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

Para resolver el caso concreto, este Despacho ha constatado y verificado que en este proceso están incorporadas al expediente legalmente las siguientes pruebas relevantes:

Memorando 047722-201500009421 de 2015, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 1, dio traslado de unos hallazgos fiscales a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. Folios 5-10.

Oficio 201530095129 del 13 de agosto de 2015, en el cual la Entidad auditada otorgó respuesta al informe de auditoría. Folio 11.

Manuales de funciones de los investigados. Estos ocupaban varios cargos para la época de los hechos (Gerentes, Jefes de Unidad, Profesionales, Directores) cuyas funciones se ejecutan en varias unidades de negocio y diferentes sitios de trabajo como: Porce, Guadalupe, Medellín, etc. Folio 11 s.s. Las funciones básicas comunes relacionadas en el contrato de trabajo y el hecho fiscal son: “gestionar los costos y activos fijos” “Liderar la gestión de activos”, “Dirigir y controlar las necesidades de contratación de la dependencia”. “Coordinar y mantener actualizado el inventario físico de activos (...)” Folios 13, 15, 16, 18, 21, 23, 26, 29, 40 etc.

Informe de Gestión de Empresas Públicas. Folios 94 al 104.

Oficio 201530134807, radicado de correspondencia R 201500002866 del 6 de noviembre de 2015, por medio del cual la entidad auditada aportó información de los presuntos responsables. Folio 128.

Oficio E 2015000004047 del 27 de octubre de 2015 por medio del cual el Despacho practicó unas pruebas. Folio 126.

Oficio 201530135101, del 4 de noviembre de 2015, por medio del cual la entidad auditada certificó no tener establecidas cuantías para la contratación. Folio 212.

Versiones libres de los investigados.

Declaraciones juradas obrantes en el proceso, de las cuales se reseñan las de: Raúl Eduardo Arévalo Hernández, (Folio 893), Juan David Velilla Gallego, (Folio 916), Jorge Enrique Cerezo Restrepo. (Folio 920).

Solicitud de Archivo de la apoderada Beatriz Estrada. Folio 793

Oficio 0723- 201901330113448, radicado de correspondencia R 2019000002423 del 3 de septiembre de 2019, por medio del cual las Empresas Públicas de Medellín aportaron información solicitada por el Despacho. Folio 1126.

Instructivo Para Diligenciar El Formato P-092 Reintegro o Destrucción De Bienes.
Versión 02

III. DECISIÓN CONSULTADA

Corresponde al Auto 468 del veintidós (22) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021, por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso a favor de los investigados. Folio 1158.

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

Expresa, que a lo largo de la investigación no se logró llegar a la certeza sobre la existencia de un daño real, ni mucho menos a su cuantificación. Ello porque las pruebas practicadas no permiten concluir que el daño investigado corresponda a la cuantía indicada por el Equipo Auditor y mucho menos permite su individualización por presunto responsable. Al analizar la información obrante en la carpeta digital 5 que se ubica en el CD a folio 1134 del expediente, se logró comprobar que de los bienes dados de baja materia de investigación se logró vender 306 artículos, están

pendientes de venta 78; y fueron reclasificados como chatarra 46. Es decir unos bienes se vendieron otros se encuentran pendiente de venta y algunos fueron considerados como chatarra. De donde se concluye que no se puede precisar el verdadero valor del detrimento.

Manifiesta que según la prueba testimonial, muchos elementos ingresados al almacén, corresponden a sobrantes de montajes, proyectos y construcción de centrales realizados por EPM. Por ello tampoco se puede inferir que EPM haya sufrido una merma de su patrimonio por cuanto esos elementos constituyen un salvamento o recuperación cuyo costo ya había sido cargado al respectivo montaje, proyecto o construcción. Por lo tanto al no tener discriminado los valores de los bienes que fueron productos de recuperaciones tampoco es posible depurar la verdadera magnitud del daño.

Afirma que tampoco fue posible, con la prueba practicada y con el informe de Auditoría, determinar cuáles bienes ingresaron a los almacenes por la decisión de **adquisición** de bienes de cada uno de los presuntos responsables. Cuestión que sería lo que permitiría individualizar en qué medida tal adquisición resultó equivocada, desproporcionada o injustificada para efectos de determinar la cuantía de daño de manera individualizada por presunto.

Explica que se pudo colegir que el dar de baja los elementos de los almacenes, desde el punto de vista técnico, resultó ser una decisión razonable que por sí sola no constituye daño en la medida que no se logre demostrar que los presuntos responsables tomaron decisiones de adquisición de bienes equivocadas, cuestión que no está demostrada. Máxime que como se dijo anteriormente muchos bienes que ingresaron a los almacenes fueron excedentes de proyectos, montajes o materiales sobrantes de construcciones de obras.

Expresa que de lo dicho se colige que el daño no se habría causado por las decisiones de dar de baja los elementos de los almacenes, que resultó ser una decisión técnica, acertada y tomada según los lineamientos previstos para ella, sino que el mismo se habría ocasionado por su indebida adquisición, que conllevo a que posteriormente se dieran de baja con perjuicio económico para EPM y al no tener por acreditado que los presuntos fueron los que tomaron la aludida decisión de adquisición se desvirtúa igualmente el nexo causal.

Enfatiza en que se logró comprobar mediante cincuenta y cuatro (54) testimonios que los presuntos responsables para dar de baja a los bienes que ocupan esta causa fiscal se apoyaron en conceptos técnicos que se otorgaron a solicitud de los Jefes correspondientes.

Afirma que en este orden de ideas no le queda otra alternativa procesal diferente a la ordenar el archivo del proceso por falta de certeza del elemento daño y su cuantificación. Ello porque no existe prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación, así lo exige el Consejo de Estado, según sentencia 1° de marzo de 2018, radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

Agrega que con basamento en lo anterior, es dable afirmar que en esta oportunidad, que el **hallazgo fiscal por el que se investiga a los presuntos responsables no es constitutivo del daño patrimonial** objeto de investigación en esta causa fiscal, toda vez que la **falta de certeza del daño hace que el mismo sea inexistente**. Resalta que al realizar la valoración de los medios de prueba arrimados al expediente durante las pesquisas, este Despacho llega al convencimiento de que no se configura ninguno de los elementos estructurantes de la Responsabilidad Fiscal.

Señala sobre el elemento culpa que durante el debate probatorio quedó demostrado que los presuntos responsables al dar de baja los elementos que ocupan esta causa fiscal siguieron el procedimiento establecido en la Entidad y también estuvieron soportados en informes técnicos para tomar dicha decisión. Indica que la decisión de dar de baja los elementos de los almacenes resultó ser razonable. En definitiva la conducta de los presuntos responsables, de ninguna manera resiste el juicio de reproche, al no configurarse ni culpa grave ni dolo en su actuar frente al supuesto daño cuantificado en la suma de \$2.710.644.510.

Concluye que “*Por todo lo expresado en la precedencia, sin mayores consideraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, que el hecho objeto de investigación no es constitutivo de detrimento patrimonial en la medida que no existe certeza ni sobre su ocurrencia ni mucho menos sobre su cuantificación, esta instancia investigadora encuentra desvirtuados los hallazgos que ocupan esta causa fiscal, dado que no se ha producido daño en perjuicio de las Empresas Públicas de Medellín, con Nit.890.904.996-1, en los términos precedentemente precisados*”.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), atribuye a las contralorías la función de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos cánones fueron desarrollados por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 y por el Decreto-Ley 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo el procedimiento para su investigación, imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso, se hace necesario surtir el **grado de consulta** al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud del cual, el superior funcional o jerárquico del funcionario que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan, correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal, y podrá tomar las decisiones que estime conveniente sin limitación alguna¹.

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

2. EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO RAD. 041-2016

Dado que en este proceso se decidió archivar, a favor de veinticuatro (24) servidores públicos de EPM vinculados en virtud del auto de apertura, este Despacho plantea el siguiente problema jurídico en torno a la conducta investigada: **¿Era procedente archivar el proceso parcialmente por algunas de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 a favor de los investigados?** ¿El presunto daño patrimonial reviste el atributo de la certeza y fue causado por los investigados? ¿Está probada la tipicidad administrativa de la conducta investigada, en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, de que trata el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y la sentencia C-840-01 de la Corte Constitucional? ¿El hecho generador del daño fue (1) la gestión de compras ociosas o (2) la baja de bienes y, ¿Se identificaron inequívocamente los responsables del hecho fiscal?

Una vez estudiado en su integridad el presente proceso, este Despacho anuncia de antemano su tesis y que consiste en sostener que se acreditó al menos una de las causales del artículo 47 de Ley 610 de 2000, lo cual es suficiente para archivar el proceso. De otra parte, tampoco existen los elementos probatorios necesarios para imputar responsabilidad fiscal al tenor del artículo 48 de la ley precitada.

Para argumentar y soportar la anterior postura, el Despacho abordará los siguientes temas: i) Las causales de archivo de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000; ii), Las causales de baja de bienes en la gestión de inventarios iii) Los elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

¹ Sentencia T-005-2013

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

El proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 23, 53 y 54 de la Ley 610 de 2000. El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real cierto en tanto haya sido ocasionado al patrimonio público.

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

ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimiento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. Subraya y negrita fuera de texto. NFT.

Según el precepto anterior, habrá lugar, (mandato) a proferir Auto de Archivo cuando se den entre otras causales: (i) Se pruebe que el hecho no es constitutivo de detrimiento patrimonial; (ii) Se comprueba la operancia de una causal excluyente de responsabilidad, como lo es la ausencia de nexo causal entre el hecho dañoso y la conducta activa u omisiva del investigado.

Según la doctrina², por causal exonerativa de responsabilidad se entiende el evento, hecho o fenómeno causal que impide imputar determinado hecho o daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad.

Debe recordarse que conforme a la legislación civil, no hay obligación sin causa real y lícita³. Este es el instrumento jurídico de que se vale nuestro código para impedir esa

² Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Héctor Patiño. 2010. Universidad Externado de Colombia. Santofimio Gamboa, Jaime o. Tratado de derecho administrativo. Derecho de víctimas. Pg. 104, 113. Universidad Externado de Colombia 2017

³ CÓDIGO Civil “ARTICULO 1524. CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. (...). Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; (...). Artículo 1494. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

injusticia⁴. Las obligaciones surgen del acto jurídico, del hecho jurídico y de la ley. Lo anterior significa que en la medida en que no exista una causa legal para reclamar un daño, todo acto en contrario es arbitrario, ilegal e injusto. El Código Civil expresa en el artículo 2341 que “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*”. Esta norma es concordante con lo dispuesto por el artículo 4 y 6 de la Ley 610 de 2000, de las cuales se infiere que solo procede la indemnización en la medida que realmente se cause un daño, de manera dolosa o gravemente culposa.

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

Lo anterior implica, que si una vez adelantada la labor investigativa por el ente de control, se concluye que no existen los elementos probatorios que acrediten los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso (obligatoriamente). De la misma manera, si existe la evidencia que demuestran los elementos de la responsabilidad habrá (obligatoriamente) que proferirse imputación de responsabilidad fiscal.

En este proceso el Despacho procedió a evaluar los requisitos legales para la procedencia del archivo del proceso bajo las siguientes premisas:

- En la medida en que esté probada alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, es obligatorio reconocer esa circunstancia a favor del investigado y archivar el proceso.
- Si al valorar las pruebas regularmente practicadas y aportadas al proceso se concluye que están acreditados los requisitos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es imperativo dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal.
- En el proceso de responsabilidad fiscal se deben acatar las reglas o los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-840-01. Por tanto el ente fiscal deberá precisar rigurosamente la conducta en torno a una específica

⁴ Antonio Rocha. Lecciones de obligaciones pag. 23, 81: “Todos estos recursos son innecesarios y hacen de la causa un cuarto elemento de validez en la técnica jurídica del contrato, tan necesario como la capacidad, el objeto y el consentimiento.” Agrega que es menester incluir en las fuentes otras dos fuentes establecidas por la legislación mercantil de 1971: abuso del derecho (artículo 830) y enriquecimiento sin causa (artículo 831).

expresión de la gestión fiscal, para luego examinar el daño, el grado de culpabilidad y el nexo causal. En otras palabras debe identificar con claridad (i) el hecho fiscal jurídicamente relevante conforme al artículo 3 de la ley 610 de 2000, (ii) la autoría o al causante del daño y el grado de culpabilidad, (iii) respecto del daño debe establecerse con certeza su cuantía o real magnitud, para lo cual se deberán tener en cuenta los beneficios obtenidos.

- El ente de control debe acatar los lineamientos contenidos en la sentencia C-388-14⁵, entre los cuales destacamos “*La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal*”. Además según el artículo 14 de la Ley 610 de 2000 “*Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados*”. Así las cosas la adquisición, custodia, gasto, conservación etc. son eventuales hechos generadores de daño independientes.

4. CAUSALES DE BAJA DE BIENES EN LA GESTIÓN DE INVENTARIOS

Por ser de interés para este proceso, a continuación se enlistan las causales de baja de bienes en algunas entidades del Estado. La idea es tener un marco teórico de referencia para evaluar la situación en el caso que nos ocupa.

Según el Manual para el Manejo y Control Administrativo de los Bienes de Propiedad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República 2020, la baja de bienes se clasifica en los siguientes conceptos:

- Baja por exoneración de Responsabilidad Fiscal
- Baja por enajenación
- Baja por destrucción: Cuando el bien se encuentre en **obsolescencia**⁶, deterioro, avería, rotura o cualquier otro hecho que impida su venta o no la haga aconsejable,

⁵ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 (parcial) y el artículo 119 (parcial) de la ley 1474 de 2011. Ver C-634/11 sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia para las autoridades administrativas en ejercicio de sus competencias.

⁶ Inservibles: Son aquellos bienes obsoletos y/o que fueron destruidos por caso fortuito o fuerza mayor que no son susceptibles de reparación. Según el manual de Manual de Procedimientos Administrativos y Contables para el manejo y control de los bienes en las Entidades de Gobierno de Bogotá D.C. 2018, 5.2.1.1. Parámetros para determinar cuándo un bien no es útil para la Entidad. No útiles por obsolescencia: Son aquellos elementos que, aunque se encuentran en buen estado físico, mecánico y técnico, han quedado en desuso debido a los adelantos científicos y tecnológicos. Además, sus especificaciones técnicas son insuficientes para el volumen, velocidad y complejidad que la labor exige.

previo concepto del Comité de Bajas, se procederá a su destrucción en el lugar en que se encuentre.

- Baja por siniestro
- Baja por permuta
- Baja de Bienes intangibles

En igual sentido la Procuraduría General de la Nación por Resolución N° 402 de 2015 reglamentó en esa entidad las causales para la baja de bienes entre las cuales se encuentran 1. Servibles no utilizables por **obsolescencia tecnológica**, por renovación de equipos o cambios institucionales; 2. Inservibles. En la baja de bienes intervienen seis áreas.

La Contaduría General de la Nación⁷ en el procedimiento para el reintegro de bienes que se encuentran en desuso por su estado de obsolescencia hace estas definiciones:

BAJA DE BIENES: Acto administrativo que refleja los bienes susceptibles de donación y destrucción el cual sirve como soporte contable para su retiro.

BAJA DE BIENES SERVIBLES NO UTILIZABLES: Es la salida definitiva de aquellos bienes que se encuentran en condiciones de seguir prestando un servicio por uno o más períodos pero que la entidad no los requiere para el normal desarrollo de sus actividades o que aunque la entidad los requiera por políticas económicas disposiciones administrativas por eficiencia y optimización en la utilización de recursos existe orden expresa y motivada del Representante Legal o el Ordenador del Gasto para darlos de baja.

BIENES INSERVIBLES OBSOLETOS O NO REQUERIDOS: Son aquellos bienes que por su estado de obsolescencia o inservibles no son útiles y son susceptibles de donación remate o destrucción.

INSERVIBLES POR DAÑO TOTAL O PARCIAL: Aquellos bienes que ante su daño o destrucción parcial o total su reparación o reconstrucción resulta en extremo onerosa para la entidad.

INSERVIBLES POR DETERIORO HISTÓRICO: Son aquellos bienes que ya han cumplido su ciclo de vida útil y debido a su desgaste deterioro y mal estado físico originado por su uso no le sirven la entidad.

Por su parte EPM en las notas a los estados financieros de 2014 expresó:

Inventarios: se clasifican como inventarios los bienes adquiridos con la intención de venderlos o de consumirlos en el proceso de prestación de servicios públicos. Incluyen

⁷ Aprobación 09-11-2018, V2.

mercancías en existencia que no requieren transformación, como medidores de energía, gas y agua, bienes de proveeduría, materiales como repuestos y accesorios para la prestación de servicios y los bienes en tránsito y en poder de terceros.

(...). Para el caso de disminuciones físicas, tales como mermas, deterioro u **obsolescencia** se realizará la baja del inventario directamente contra el gasto.

Los inventarios conservan su naturaleza de inventarios, independientemente de que por factores exógenos propios de la economía o por condiciones naturales inherentes a la condiciones del negocio roten lentamente. Aunque continúan como inventarios, esta condición de baja rotación les imprime la característica de “bien inmovilizado”.

Propiedades, planta y equipo no explotado: incluye activos que, por **obsolescencia**, no se requieren para la operación del negocio y aquellos que temporalmente se encuentran fuera de servicio, en proceso de rehabilitación o en espera de una decisión técnica para rehabilitar o dar de baja. Los **activos bienes muebles** que se dan de **baja por obsolescencia** o porque ya no son requeridos por la empresa, se llevan al almacén de aprovechamientos donde son **ofrecidos mediante subastas públicas** (por normatividad interna). Estos se dan de **baja en el momento en que se reintegran**, exceptuando vehículos que se retiran contablemente cuando se venden. SNFT

Por tanto, la baja de bienes es un mecanismo legal para retirar los bienes de los inventarios y de la contabilidad, siempre y cuando se cuente con las autorizaciones respectivas. En el caso de EPM el tratamiento que se le viene dando a los bienes obsoletos corresponde al utilizado por otras entidades del nivel nacional. Debe observarse que los bienes dados de baja son ofrecidos en subastas públicas, y de ser vendidos constituyen un ingreso en cuyo caso existe un beneficio que debe tenerse en cuenta al momento de tasar un eventual daño patrimonial.

La Ley 610 de 2000 establece en el artículo 7 que “*En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables*”. SNFT.

Lo anterior significa que el deterioro o daño por causa del desgaste natural de las cosas en poder de los gestores fiscal, no da lugar a responsabilidad fiscal.

5. EL CASO CONCRETO. LA CAUSA QUE DIO ORIGEN DEL PROCESO

El hallazgo fiscal fue resumido así por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva:

Según la ejecución de la Auditoría Especial realizada a los bienes de las EPM al revisar las Actas de bajas, se avizoró que como consecuencia del estado de inmovilidad de los códigos dados de baja durante períodos de tiempo que van de uno hasta 15 años, a voces del Equipo Auditor la empresa dio de baja 1652 códigos de inventarios, lo que representa una disminución del patrimonio en \$4.404.241.338.

En el mismo sentido señaló el Equipo Auditor que el motivo de la baja del 89.47% de los códigos fue el estado de la **obsolescencia tecnológica** de dichos elementos, lo que representada que las **compras** de estos códigos **no reportó beneficios** debido a que **no fueron utilizados en la operación de la Empresa**, por lo que se cuantificó por parte del Equipo Auditor un presunto detrimento patrimonial estimado en la suma de \$2.710.644.510). (Memorando 047722-201500009421 de 2015)

En conclusión, en el año 2014 EPM dio de baja a 1652 bienes (códigos) que se encontraban en inventario con períodos de inmovilidad entre 1 y 15 años por lo cual se determinó un daño patrimonial por \$ 2.710.644.510. No obstante se advierte por la segunda instancia que en los cálculos no aparece el beneficio obtenido por la venta de varios elementos, como veremos más adelante.

6. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El Consejo de Estado en sentencia del año 2018, abordó el tema de los elementos de la responsabilidad fiscal, para enfatizar en la obligación se examinar con rigor cada uno de ellos.

[L]e asiste igualmente razón al Tribunal cuando consideró que **el acto administrativo estaba viciado de nulidad por no haberse motivado en debida forma** el grado de culpabilidad de la conducta que, (...). Posteriormente, cuando se dictó fallo con responsabilidad fiscal, **se omitió igualmente el análisis** del grado de culpabilidad del investigado, limitándose el ente fiscalizador a expresar que “*aquí se configura un manejo ligero y superficial de los intereses del departamento, constitutivo de la culpa por lo menos de la leve y quizá hasta de la grave*”, **sin que se concrete cuál de ellas se configuró en el caso concreto**, agravando la situación que se había dispuesto en el auto de imputación, violándose igualmente la congruencia que debía acompañar el debido proceso.

4.2.2.3. Resulta suficiente **la ausencia de uno solo de los elementos de la responsabilidad fiscal para que esta no pueda considerarse válidamente establecida** y, en caso concreto, (...) por lo que no podemos hablar de un detrimento patrimonial consolidado. SNFT.

Tomado como referente dicha sentencia, el Despacho entrará a verificar si están debidamente concretada la conducta fiscalmente irregular así como los demás elementos de elementos de responsabilidad fiscal.

6.1 ANALISIS DEL HALLAZGO FISCAL INVESTIGADO

En torno a las afirmaciones contenidas en el informe definitivo de auditoría del 4 de agosto de 2015 se hacen las siguientes observaciones:

- Si el daño fiscal provino o se generó por haber adquirido unos bienes que no fueron utilizados, entonces debió estructurarse el hallazgo en la actividad de la adquisición y no en la baja de bienes, conforme a las conductas descritas en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y analizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-840-01 sobre la tipicidad de la infracción. Para tal efecto era esencial establecer quién los compró para establecer responsabilidades, pero ello no se hizo, sino que se imputó a la baja de bienes.
- En el informe de auditoría no se estableció si con ocasión de la baja de bienes de los inventarios EPM obtuvo algún beneficio y cuánto. Lo anterior puesto que si se omite esta valoración el Estado incurre en un enriquecimiento sin causa, además ser contrario a las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional.
- El Equipo de Auditoría habla de una “**possible falta de gestión de inventarios**” para evitar la culminación de la vida útil de los bienes. Surge la pregunta: ¿Hubo o no gestión ineficiente ya que se habla de posible. Por tanto se incurre en una conjetaura o especulación. El proceso de responsabilidad fiscal no es el escenario para evaluar la gestión y resultados; si la auditoría no establece con claridad si dicha gestión fue contraria a los principios de la gestión fiscal, menos lo podría hacer el área de responsabilidad fiscal.
- Afirma el equipo auditor que no hubo una adecuada planeación de compras por parte de las unidades de negocio de las EPM. Entonces el problema fue de adquisición de los bienes o de la baja de bienes, y ¿cuál fue la conducta reprochable de los investigados?. ¿La falta de planeación de dichas unidades es imputable a los investigados? Si la gestión ineficiente se causó en la adquisición entonces ¿porqué no se investigaron a los responsables, ya que en el informe no se identificaron con claridad, que los investigados hayan sido los actuales vinculados al proceso?.
- Si en gracia de discusión se aceptara la afirmación de que está objetivamente demostrado el daño tampoco está demostrada su antijuridicidad, puesto que es

factible que las entidades den de baja a bienes por obsolescencia sin ser ello necesariamente censurable fiscalmente, tal como lo aceptan las normas contables.

- Sobre la obsolescencia tecnológica se pregunta: ¿Puede válidamente el Equipo Auditor concluir que dicho evento equivale a daño fiscal y sin mediar un dictamen especializado?. Si en Colombia es una práctica generalmente aceptada dar de baja bienes por obsolescencia, tal como se evidencia al verificar las normas contables y los manuales de inventarios de varias entidades públicas, ¿Porqué se derivó un hallazgo fiscal por el hecho de la baja de bienes y no de las compras? En el acta de mesa de trabajo se afirmó “solo se podrá hacer compras de acuerdo a las necesidades reales, evitando incurrir en compras ociosas”. (Folio 92)

Según la respuesta de EPM al informe de auditoría, los motivos que dan lugar a la baja de un bien son, de acuerdo con el instructivo para diligenciar el formato P092, reintegro o destrucción de bienes, es la obsolescencia o el deterioro. El inventario obsoleto es todo aquel que estando en buen estado, no es requerido por la operación por algunas de las siguientes razones: Ha entrado en desuso por innovación tecnológica, o está asociado a equipos que han sido retirados del servicio y no se pueden utilizar en ningún otro equipo.

Agrega EPM un bien puede estar almacenado en el inventario varios años porque se requiere para atender una contingencia o para el mantenimiento de equipos. En caso de presentarse una falla en un equipo y no tener disponible el bien puede generar pérdidas económicas por interrupción del servicio, lucro cesante, entre otros. Pero puede ocurrir que aparezca en el mercado un bien que incorpore nuevas tecnologías y sea conveniente técnica y económicamente su adquisición. Entonces el bien que estuvo almacenado varios años y que sirvió como respaldo a la operación, entra en desuso y se debe dar de baja.

Estas razones no fueron aceptadas por el Equipo Auditor. No obstante este Despacho sí las ve razonables y aceptables por estar acorde con las reglas de la sana crítica⁸.

Afirma EPM que la estrategia definida y aplicada en 2011 y 2012, en virtud de la auditoría realizada por la Contraloría General de Medellín, para la gestión de los

⁸ Ley 610 de 2000. “Artículo 26. Apreciacion Integral de las Pruebas. Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional”.

El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Acerca de las características de este sistema la Corte Constitucional ha señalado: Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez.. (Corte Constitucional. C-202-2005)

elementos inmovilizados que consistía en enviar periódicamente listados de los bienes inmovilizados a los diferentes responsables de los negocios, con el fin de que analizaran la **posibilidad de darlos de baja**; se reformuló en 2013 y se definió para la gestión de los elementos inmovilizados.

De igual manera de las declaraciones juramentadas se extractan estos apartes que interesan al proceso:

Declaración jurada de Hugo Javier Arango Acevedo. Folio 879:

“Se evidenció que existía un alto volumen de elementos que por ser considerados críticos pasaban largos tiempos inmovilizados, sin ser dados de baja. La estrategia que fue definida y aplicada en los años 2011 y 2012 como **producto de la Auditoría Especial Proceso Inmovilizados realizada por la Contraloría General de Medellín**, que consistía en enviar periódicamente listados de los bienes inmovilizados a los diferentes responsables de los Negocios para analizar la **posibilidad de darlos de baja**, se reformuló en el año 2013, como consecuencia del Programa EPM Sin Fronteras, pues éste es un proceso que se encuentra en continuo mejoramiento. SNFT.

Acciones que se propusieron en el Programa EPM Sin Fronteras, para materializar la Oportunidad Mejora de la Planificación y Gestión de Inventario:

“Con la finalidad de materializar la Oportunidad Mejora de la Planificación y Gestión de Inventarios, se propusieron las siguientes acciones a realizar: 1. Identificación de materiales (por categorías piloto) por nivel de criticidad, unificando descripciones y asignándole parámetros de reabastecimiento ajustados; 2. Diseño de un plan de reducción de material obsoleto y; 3. Diseño de un nuevo proceso de gestión de inventarios”.

Declaración jurada de Juan David Velilla Gallego:

“Los costos de almacenamiento de los bienes de inventario para 2014 fueron de 18,489 millones de pesos (suma de los costos de administración: 6,887 millones de pesos; y de oportunidad de los terrenos: 11,601 millones de pesos). Este costo equivale al 10.7% del valor del inventario de ese período”.

Sobre el ahorro de EPM, en cuanto a costos financieros y de almacenamiento, por haber dado de baja esos bienes en los años 2013 y 2014, manifestó:

*“Para lo que **se dio de baja**, el costo de mantenerlo en inventario (costo financiero o de oportunidad de los bienes almacenados, más el costo de almacenamiento) sería aproximadamente de 549 millones de pesos anuales (20.2% de los 2,710 millones de pesos dados de baja, a costos de 2014), por lo tanto, **el ahorro para la empresa sería de aproximadamente 549 millones de pesos anuales**”. SNFT.*

Sobre los costos y beneficios desde el punto de vista financiero, al haber dado de baja los bienes que se investigan en este proceso, o si, por el contrario, el beneficio económico se obtenía por dejarlos almacenados, respondió:

*“El dar de baja bienes que ya no son de utilidad para la empresa, representa una **disminución en el costo de almacenamiento y en los costos de oportunidad** financieros”. SNFT.*

Declaración jurada de Alexandra Cardona Morales, sobre el procedimiento para dar de baja un bien:

“Las distintas áreas o centros de actividad de EPM que tienen registrado el material en el sistema de información son las encargadas de iniciar el procedimiento para dar de baja un bien. Adicionalmente, la Unidad Gestión Inventarios puede sugerir que se inicie el trámite cuando se considere pertinente”.

Declaración jurada de Jorge Enrique Cerezo Restrepo, sobre la forma intervienen en la Gestión de Activos cada uno de los actores:

*“La **gestión de activos va desde la planeación hasta el fin de la vida útil**, por lo que hay actores de las **etapas de almacenamiento, construcción, operación y mantenimiento**, que participan en las actividades propias de cada etapa del ciclo de vida. La planeación es la encargada de ver las nuevas necesidades de los clientes y determina los planes que mediante los activos logren atender las necesidades de sus clientes, con un horizonte de mediano y largo plazo. Luego pasa a diseñarse la solución específica usando métodos de ingeniería y luego el que construye siguiendo el diseño plasma el plan en la realidad (se requiere aquí de compra de activos y almacenamiento durante la construcción, como también para las etapas de operación y mantenimiento), entrega a operación que con base en procedimientos seguros opera los activos y mantenimiento preserva mediante prácticas preventivas, predictivas y correctivas que el activo cumpla su función de entregar el servicio público, hasta donde sea posible y luego de culminar su vida útil se procede a dar de baja. Almacenes se encarga de mantener en óptimas condiciones los activos bajo su custodia y de entregar con oportunidad los activos a los negocios”. SNFT.*

Declaración jurada de Raúl Eduardo Arévalo Hernández, sobre el concepto de baja un bien en EPM:

*“Es retirar un bien y puede darse por varias causas: **obsolescencia, deterioro, siniestro y ausencia de demanda** de los bienes o servicios asociados a su producción o suministro”. SNFT.*

Frente a la pregunta cuál es la dependencia encargada de iniciar el procedimiento para dar de baja un bien expresó:

"Las encargadas de iniciar el procedimiento para dar de baja un bien, son las áreas o centros de actividad de EPM que tienen registrado los bienes en el sistema de información".

Declaración jurada de Mónica Alexandra Cardona Morales, sobre el procedimiento, en EPM para dar de baja un bien:

"Para dar de baja un bien se agotan los pasos descritos a continuación: primero, se identifica el bien para la baja; segundo, se ofrece el bien en el sistema de información interno de EPM definido para ello, para un posible uso de otras dependencias en la Entidad; tercero, si el bien no es solicitado por otra dependencia para su uso, se documenta la baja en el Acta de Reintegro; cuarto, se retiran los bienes del almacén origen, e ingresan al almacén aprovechamientos".

Declaración jurada de Federico Álvarez Álvarez, sobre la participación en las Jornadas de Depuración de códigos inmovilizados que se llevaron a cabo en 6 almacenes de EPM, en el año 2013 y 2014:

"Sí participe, dando el concepto técnico de los elementos propuestos para dar de baja en el almacén de Porce 3".

"La razón técnica principal por la que se dio de baja a los elementos del grupo 1, es que estos accesorios eran sobrantes del montaje y ya no sería utilizado para operar los equipos de la central a los cuales pertenecían.

Declaración jurada de Alberto De Jesús Montoya Salgado:

"Sí. Fui designado por el jefe de la Unidad Operación y Mantenimiento Provisión Aguas para emitir el concepto técnico sobre el estado y el uso de algunos elementos asociados a las redes de acueducto, que a la fecha reposaban en los diferentes almacenes de EPM".

Por su parte el Instructivo para Diligenciar El Formato P-092 Reintegro o Destrucción de Bienes. Versión 02 establece: (Fuente: Respuesta EPM del 3 de septiembre de 2019).

Obsolescencia: Se entiende por obsolescencia *"el desuso o falta de adaptación de un bien a su función propia, o la inutilidad que puede preverse como resultado de un cambio de condiciones o circunstancias físicas o económicas, que determinen clara*

y evidentemente la necesidad de abandonarlo por inadecuado, en una época anterior al vencimiento de su vida útil probable". Art. 129 del Estatuto Tributario.

Administración de bienes de inventario. Consiste en solicitar la compra, recibir, custodiar y entregar los artículos a los usuarios de la empresa, desarrollando actividades que ayuden a mantener actualizado el inventario físico contra el sistema de información y administrar los materiales dados de baja.

Declaración de baja de artículos de inventario. Es la disminución del patrimonio por egreso contable de bienes muebles en bodega, activos fijos, inventario para la prestación del servicio y para la venta de las empresas por: -Siniestro -Deterioro por el uso o por la acción de factores naturales -La obsolescencia por factores tecnológicos -La disminución o ausencia de demanda de los bienes o servicios asociados a su producción o suministro.

Normatividad (Interna y Externa). Decreto 1678 del 22 de mayo de 2008, por medio del cual se ajusta la política específica y se complementan los lineamientos y reglas de negocio asociados a la administración y gestión de activos fijos en las Empresas Públicas de Medellín descritas en el Decreto 1484 de abril 13 de 2005.

Conclusiones:

La auditoría realizada reportó beneficios del control fiscal evidentes, que fueron reconocidos por EPM con lo cual se logró un impacto positivo en la gestión administrativa de este sujeto de control.

Según las declaraciones juramentadas (54) son muchos los actores y las variables que intervienen en la gestión de activos, desde la planeación de la compra o adquisición, pasando por la conservación, administración, custodia, gasto, explotación, consumo, adjudicación por venta, enajenación final, hasta la baja del bien, por lo que es menester determinar en concreto cuál actividad en particular fue la causa de un daño patrimonial. Igualmente entre las causas para dar de baja a un bien están: inutilidad del bien, siniestro, deterioro por el uso o por la acción de factores naturales, obsolescencia, inutilidad, costos, ingresos por venta de inservibles, inventario para la prestación del servicio y para la venta de las empresas, costos de oportunidad etc.

Para dar de baja a un elemento de inventario, deben intervenir varios actores, por lo cual no es procedente imputar responsabilidad fiscal sólo por el hecho de autorizar o dar de baja a un bien, pues con esa lógica el almacenista responde por todos los bienes que consuma o gaste la entidad, lo cual es contrario al orden jurídico.

Obran en el expediente múltiples declaraciones sobre la participación de otros actores⁹, distintos a los investigados, que participaron en las Jornadas de Depuración de códigos inmovilizados que se llevaron a cabo en 6 almacenes de EPM, en el año 2013 y 2014. Dichos declarantes coinciden en afirmar que dieron concepto técnico sobre los elementos propuestos para dar de baja en los distintos almacenes.

Este Despacho observó que muchos de los bienes inmovilizados devienen de sobrantes de montaje de proyectos de energía y no de compras de bienes de inventario. Por tanto no puede afirmarse que los inmovilizados corresponden a falta de planeación en las compras de inventario.

Se comparten los argumentos expuestos, tanto por los declarantes, investigados, y la Primera Instancia en el sentido de que el sólo hecho de no haber determinado los beneficios reportados por las ventas sería motivo suficiente para no dar por establecido el daño patrimonial al Estado en grado de certeza. De otra parte si los investigados dieron de baja a varios elementos de inventario, previo concepto técnico de un profesional en la materia, nada tiene de reprochable y es la práctica más razonable y recomendable.

Existe confusión en el hallazgo de auditoría respecto de la conducta censurada, pues no es claro si fueron las compras o adquisiciones o haberlos dado de baja. Si fue lo primero, entonces la investigación debió cuestionar la inversión o gasto inicial y no la baja de bienes. Si lo irregular fue la baja de bienes, entonces se debió calcular el beneficio obtenido por EPM, lo cual no está demostrado en este proceso. Igualmente debió demostrarse dónde está la ilegalidad, o violación de principios de la gestión fiscal por el hecho de la baja de inventarios.

Se observa que en este proceso no se analizaron los manuales de funciones versus la conducta (activa u omisiva) realizada por los investigados a fin de establecer si hubo acciones u omisiones imputables a título de culpa grave o dolo por parte de los investigados. En otras palabras cuál fue la conducta fiscalmente relevante e irregular en la gestión de inventarios.

⁹ Ver declaraciones juramentadas de: Aaron Alberto Londoño Garay, Esteban Vasquez Maldonado, Gabril Tamayo Ruiz, Jorge Alirio Hernandez Quintero, Jose Jimmy Obregon Rodriguez, Jaime Andrés Florez Escobar, Efren Felipe Zuluaga Angel, Juan Guillermo Sanchez Giraldo, Gabriel De Jesús Velasquez Vélez, Jaime Eduardo Bermudez Angulo, Horacio Alberto Barrientos López, Alberto De Jesús Montoya Salgado. Total juradas 58. Estos empleados direron sus concpetos por órdenes de sus jefes.

6.2 LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La Contraloría General de la República en el año 2020, en un proceso adelantado contra varios servidores, archivó el proceso a favor de un almacenista, para lo cual analizó las labores específicas de almacenaje, control y entrega de unos bienes, y a quién estaban asignadas para imputar responsabilidad fiscal¹⁰. En dicho auto se expresó:

Por otra parte, también en este auto se quiere determinar si opera el archivo del proceso fiscal en favor del señor SEBASTIÁN RIVERA HERRERA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, en cuanto su conducta en relación a los hechos materia de investigación, (...)

Su presencia en el sitio de entrega de ayudas humanitarias, en cumplimiento del deber de colaborar ante una emergencia por su condición de servidor público y porque así lo dispuso el alcalde, y su cargo de almacenista, no son elementos suficientes y adecuados, para arrogarle responsabilidad por la pérdida de unas ayudas, ya que el control de las mismas, estaba en cabeza del coordinador del CMGRD de manera específica, del alcalde como principal responsable de la gestión del riesgo en el Municipio y del secretario de gobierno, por atribución funcional. SNFT.

De acuerdo a todo lo previamente señalado, se puede afirmar que el señor SEBASTIÁN RIVERA HERRERA ni funcional ni legalmente tenía obligaciones puntuales e inequívocas de recibo, custodia y entrega de ayudas humanitarias, ya que, i) como se denota en las funciones de su cargo, las mismas tenían que ver con la adquisición, administración y custodia de los bienes inventariados del Municipio, necesarios y habituales para el desarrollo de sus funciones y para atender los requerimientos materiales de sus diferentes dependencias y ii) las funciones de recibo, custodia, control y entrega, concretamente de ayudas humanitarias, estaban atribuidas al coordinador de gestión del riesgo, de acuerdo con el procedimiento específico de asistencia humanitaria; asignación que debía ser desempeñada por el secretario de obras públicas y planeación, JAVIER ALEXANDER LÓPEZ HINCAPIÉ. SNFT.

El caso anterior sirve de referente para el caso que nos ocupa, en especial a la tipicidad de la conducta respecto de la gestión fiscal cuestionada. Obsérvese el rigor con el cual se analizaron las funciones de los investigados para determinar la conducta específica de gestión fiscal y el nexo causal con el daño.

¹⁰ Gerencia Departamental Colegiada de Caldas - Auto de Archivo Parcial y de Imputación de Responsabilidad Fiscal. Proceso Ordinario De Responsabilidad Fiscal No. 2017-00113_1801.

6.2.1 El Daño Patrimonial a EPM

Los elementos esenciales para poder responsabilizar fiscalmente son: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Una vez se logra determinar si la conducta fue realizada en ejercicio de la gestión fiscal, y sin de ninguna causal exonerativa procederá el funcionario de conocimiento a determinar si hubo daño patrimonial, y si fue cometida (nexo caudal) a título de dolo o de culpa grave de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 de la Ley 610 de 2000, y el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

Este Despacho concluye que este elemento de la responsabilidad fiscal no está probado en grado de certeza con lo cual se comparte la posición de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal (Folio 1245), para archivar el proceso por las siguientes razones:

La Corte Constitucional en la sentencia C-840-01 fijó las siguientes reglas:

5. Artículo 1 de la ley 610 de 2000. De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su **carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa**. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá **precisar rigurosamente** el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular **en torno a una específica expresión de la gestión fiscal**, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado. SNFT.

6. Artículo 4 de la ley 610 de 2000. (...) Así, "el **resarcimiento** del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la **magnitud del daño causado** mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Así las cosas, "el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus **actuaciones irregulares en la gestión fiscal**. SNFT.

Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser **cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud**. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe

examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.¹¹ SNFT.

La baja de bienes de inventario no fue irregular, se hizo siguiendo los procedimientos legales, contables, técnicos y administrativos. De otra parte sin en gracia de discusión se aceptara la existencia del daño imputable a los investigados este no fue cuantificado y determinado en su real dimensión (certeza) ya que no existe prueba que demuestre en el presunto daño se tuvieron en cuenta los beneficios recibidos, a fin de cuantificar en su real dimensión el daño, esa sola falencia es suficiente para revocar la decisión proferida.

Si la presunta irregularidad no estaba en la baja de bienes sino en la adquisición de recursos, entonces el reproche a la gestión fiscal debió hacerse en dicha etapa, es decir en el proceso de contratación, y no en consumo, gasto o disposición final, ello conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 6 de la Ley 610 de 2000. Por tanto este Despacho comparte la conclusión a que llegó la Primera Instancia en el sentido de que no existe prueba que acredite en grado de certeza, la existencia un daño a los bienes o intereses patrimoniales de EPM.

6.2.2 El nexo causal

El artículo 5° de la Ley 610 de 2000, consagra como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal, “*Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*”, esto es, entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa, activa u omisiva, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. Por su parte el artículo 47 ordena que “**habrá lugar a proferir auto de archivo**” cuando se acredite la operancia de una causal excluyente de responsabilidad, entre las cuales se encuentra la inexistencia del nexo causal.

Por nexo causal se entiende el vínculo real entre el daño real y cierto y la conducta antijurídica (no obligado a soportarlo la víctima). La existencia de una causal excluyente de responsabilidad implica ruptura del nexo causal entre la conducta y el daño.

Las conductas que causaron el daño fiscal, según memorando 047722-201500009421 de 2015, fue que al revisar las actas de bajas, se observó que como consecuencia del estado de inmovilidad de los códigos dados de baja durante periodos de tiempo que van de uno hasta 15 años, la empresa dio de baja 1652 códigos de inventarios, lo que representa un daño cuantificado en la suma de \$2.710.644.510.

¹¹ Ibid

Según el Equipo Auditor el motivo de la baja del 89.47% de los códigos fue el estado de la **obsolescencia tecnológica** de dichos elementos, lo que en criterio del de la Auditoría la inversión inicial representada en las **compras** de estos códigos no reportó beneficios debido a que no fueron utilizados en la operación de la Empresa.

Según la apreciación que hace este Despacho, si la causa del daño fue la obsolescencia tecnológica, debida a compras que no reportaron beneficios, entonces el hecho fiscalmente relevante fue una presunta gestión fiscal irregular en la adquisición y no en la baja de bienes, y por tanto no existe nexo causal entre el daño y la conducta de los investigados.

En el caso concreto, la evidencia muestra que los investigados con su conducta (*dar baja a unos bienes glosados por equipo auditor*), no dieron lugar a la causación del supuesto detrimento patrimonial, por acción y por omisión en el cumplimiento de sus deberes, tal como se ha descrito a lo largo de este proceso. Por tanto si no se acreditó este requisito se impone al archivo del proceso al tenor del artículo 47 de la Ley 610 de 2000 por la “*operancia de una causal excluyente de responsabilidad*”

6.2.3 La conducta dolosa o gravemente culposa

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

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

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

su actuar. La culpa grave se enerva o destruye probando la diligencia, cuidado, experticia, prudencia, o el **cumplimiento de un deber legal**¹².

En todo caso, siguiendo los lineamientos de la C-840-01, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en **torno a una específica expresión de la gestión fiscal**, para examinar el grado de culpabilidad y el nexo causal.

Según el Consejo de Estado en Sentencia del año 2017¹³, “se entiende por **culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico**. (...) Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”. SNFT.

En el caso que nos ocupa, al analizar las pruebas incorporadas al proceso se advierte que los investigados dieron de baja a unos bienes conforme a los procedimientos legales y administrativos aplicables en EPM, los cuales a su vez están conforme a las normas y prácticas vigentes en Colombia, es decir no fue irregular.

Por tanto, dado que los investigados obraron conforme a los lineamientos internos de EPM, tampoco podría hablarse de culpa grave, pues en tanto se cumpla con el mandato de la ley o no se viole su prohibición no habrá responsabilidad fiscal.

Ahora bien, si tampoco está presente en este elemento de la responsabilidad fiscal ello impide realizar la imputación pues el artículo 48 de la misma de la Ley 610 de 2000 el cual expresa que el Auto de Imputación deberá contener: “3. *La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.*”

Conclusión

Una vez analizado el expediente en su integridad, el Despacho concluye respecto a los problemas jurídicos que se planteó: (i) Sí era procedente archivar el proceso parcialmente por algunas de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 a favor de los investigados; (ii) El presunto daño patrimonial no fue causado por los investigados; (iii) No está probada la tipicidad administrativa relacionada con los verbos rectores de la gestión fiscal de que trata el artículo 3 de la Ley 610 de 2000;

¹² Pantoja bravo, Jorje. Derecho de daños tomo II. Ed. Ieyer. 2015. Los elementos de la responsabilidad civil son: conducta, antijuridicidad, daño y nexo causal. Pág. 430

¹³ Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00637-01(47846)

(iv) El hecho generador del daño pudo ser la gestión en las compras o adquisiciones de bienes y no da baja de bienes de inventario.

Lo anterior implica que si una vez adelantada la gestión investigativa se concluye que no existen los elementos probatorios que acrediten los elementos de la responsabilidad fiscal, una vez practicadas las pruebas decretadas en el Auto de Apertura, no queda otra alternativa que archivar el proceso.

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el Auto 468 del veintidós (22) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021) por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió archivar el proceso de Responsabilidad Fiscal con **radicado 041 de 2015**, a favor de Fernando Calad Chica, identificado con cédula 70.569.864, Ramón Alonso Álvarez Montoya, identificado con cedula 70.074.135, Jhon Jairo Celis Restrepo, identificado con cedula 71.640.921, German Ignacio Figueroa Gallego, identificado con cedula 14.883.444, Luis Javier Londoño Lozada, identificado con cedula 71.639.256, Santiago Wilches Yepes, identificado con cedula 71.709.408, Gabriel Jaime Vásquez, identificado con cedula 70.561.534, León Arturo Yepes Enríquez, identificado con cedula 98.543.186, Jaime Alonso Ortiz Rodríguez, identificado con cedula 71.672.293, John Jairo Mejía Hernández, identificado con cedula 71.693.933, Carlos Alberto Berrio Cadavid, identificado con cedula 2.776.056, Luis Fernando Castaño Bedoya, identificado con cedula 71.658.201, Asdrúbal Lenis Escobar, identificado con cedula 71.613.843, Francisco Javier Álvarez Bernal, identificado con cedula 71.636.983, Jorge Alberto Restrepo Betancur, identificado con cedula 98.546.615, Juan Carlos Duque Ossa, identificado con cedula 71.595.526, Darío Alberto Sánchez Sánchez, identificado con cedula 71.699.941, Juan Carlos Nicholls Posada, identificado con cédula 71.594.713, Iván Darío Duque Aristizabal, identificado con cedula 71.657.058, Carlos Mario Cadavid Arango, identificado con cedula 8.402.465, Ángel Pablo Pérez Álvarez, identificado con cedula 70.126.160, Luis Antonio Ortiz Culma, identificado con cedula 7.518.246, Carlos Mario Jaramillo Duque, identificado con cedula 71.582.595 y Edgar Alexis Fernández Cardona, identificado con cedula 98.564.551.

ARTICULO SEGUNDO: Desvincular de este Proceso a la Compañía de seguros SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A., cesionaria de ROYAL & Aliance Seguros S.A., con el Nit. 860.002.505-7.

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

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

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