

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 038 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N°010 DE 2016

Medellín, cinco (5) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada:	Auto N° 476 del 24 de septiembre de 2021 , por medio del cual se ORDENÓ ARCHIVO del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 010 de 2016
Entidad afectada:	Empresas Públicas de Medellín Nit. 890.904.996-1.
Presuntos responsables:	<ul style="list-style-type: none"> -JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO C.C. 70.566.038 -IVAN DARIO GIRALDO GALLO C.C. 70.115.620 -JUAN GUILLERMO CUARTAS ÁLVAREZ C.C. 71.772.940 -FUREL S.A Nit. 800.152.208-9 -LUIS JAVIER GALEANO TRUJILLO C.C. 71.705.357 -FERNANDO LEÓN DÍEZ CARDONA C.C. 71.760.342 -CONRED S.A. Nit. 811.037.529-6 -M.G.L. INGENIEROS S.A.S. Nit. 800097984-0 -MARIO FERNANDO CAMARGO GÓMEZ C.C.16.535.507
Hechos investigados objeto pronunciamiento:	<p>Hecho 1: Mayor valor pagado por concepto de IVA y al Impuesto de Guerra 5% del contrato CT-2013-001039.</p> <p>Hecho 4: Se realizaron pagos por imprevistos en los contratos CT 2013-001039, CT-2013-000829 y CT-2013-002682.</p>
Cuantía:	<p>Por el hecho 1: \$22.387.274</p> <p>Por el hecho 4: \$269.566.159</p> <p>Total: DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$291.953.433)</p>
Garante vinculado:	ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A., con Nit 860.002.505-7, hoy Compañía de Seguros GENERALES SURAMERICANA S.A., con Nit 860.002.505-7
Procedimiento:	Ordinario
Decisión Contralora:	5Despa CONFIRMA EN TODAS SUS PARTES la decisión consultada. Se ordena la devolución del expediente a la Dependencia de origen.

I. COMPETENCIA DEL DESPACHO Y OBJETO DE LA DECISIÓN

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 268, numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000, 1474

de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto 403 del 2020, los Acuerdos Municipales 086 y 087 de 2018; la Resolución 150 de 2021 expedida por la Contraloría General de Medellín y demás normas concordantes, procede a conocer en **GRADO DE CONSULTA** respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto N° 476 del 24 de septiembre de 2021**, por medio del cual se **ORDENÓ EL ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 010 de 2016**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fundamentos fácticos.

La presente investigación tiene su génesis en el memorando 047725-201500014978 del 23 de diciembre de 2015, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 3 Aguas y Saneamiento Básico, remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva presuntos hallazgos fiscales detectados dentro de la Auditoría Especial de “*Contratación de los Procesos. Adquisición de Bienes y Servicios, y Gestión de Relaciones Empresas Públicas de Medellín*” vigencia 2014. En el señalado memorando, se allegó un (1) formato de traslado de hallazgo con incidencia fiscal, donde se describieron irregularidades en la realización de los pagos de los contratos CT-2013000829, CT-2013-002682, CT-2013-001034 y CT-2013-001039, toda vez que se realizaron pagos por un mayor valor por concepto de IVA, y no se realizaron las deducciones por impuesto de guerra del 5%; ello con relación a los hechos 1 y 4, en este último además se pagaron imprevistos (Folios 2 a 5).

En el formato de hallazgo, el equipo auditor describe los hechos configurativos de hallazgos de la siguiente manera:

Hecho 1:

“En la evaluación realizada al contrato CT-2013-001039 FUREL S.A. y verificada la OB 1038544, orden de compra OS 1944037, se encontró que por falta de control y de cotejo al momento de realizar los pagos al contratista, se pagó un mayor valor de \$17.056.971, por concepto de IVA, contrariando lo dispuesto en la Ley 17 de 1992 (Ar. 15) y Ley 21 de 1992 (artículo 100), que excluyen del IVA los contratos de obra pública que celebren las personas naturales o jurídicas con las Entidades Territoriales y/o Entidades Descentralizadas del orden Departamental, Distrital y Municipal.

Adicionalmente no se realizó la deducción del impuesto de guerra de 5% como está establecido en el pliego de condiciones y contrario a lo dispuesto en el Decreto Legislativos 2009 del 14 de diciembre de 1992 y el Artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, las Leyes 1421 y 1430 de diciembre de 2010 y la Ley 1738 del 18 de diciembre de 2014. Por lo tanto no se le dedujo al contratista \$5'300.303.

Lo anteriormente descrito, evidencia la posible violación al principio de la gestión fiscal de eficiencia, lo cual puede generar sanciones a EPM y afectar sus recursos, igualmente se determina un presunto detrimento patrimonial por valor de: \$22 '387.274, por tanto se determina este hallazgo con incidencia fiscal". (Folio 6)

Hecho 4:

"En la evaluación realizada a los contratos CT-2013-001034, CT-2013-001039, CT-2013-000829 y CT-2013-002682, se detectaron pagos por concepto de imprevistos (dentro del AIU) por \$269.566.159.

Los recursos pagados por estos conceptos se realizaron sin los debidos soportes, contraviniendo lo estipulado en la Ley 42 de 1993 en su artículo 8°, en el cual se indica que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, de tal manera que permita determinar en la administración, en un periodo determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados.

El reconocimiento de imprevistos sin los soportes correspondientes puede afectar los recursos de la Entidad, lo cual configura un hallazgo con incidencia fiscal". (Folio 7).

2.2. Delimitación de los hechos objeto de pronunciamiento

Informa el Operador Jurídico de la primera instancia en el Auto objeto de revisión que los hechos 2 y 3 que hacen parte del Auto de Apertura con Radicado 010-2016, se tramitaron en cuerda separada bajo el Radicado 031-2016, mediante los Autos 265 del 30 de mayo de 2018 y 289 del 3 de noviembre de 2020, mediante los cuales se abrió y posteriormente archivó; pronunciamiento de fondo que fue objeto de grado de consulta mismo que fue confirmado en su totalidad mediante Auto 012-2020 por parte de esta segunda instancia (Folio 839).

De tal suerte, al igual que lo precisó la primera instancia, la presente providencia tendrá como objeto de análisis y revisión únicamente los hechos 1 y 4, cuya descripción aparece en acápite anterior.

2.3. Los presuntos responsables fiscales.

Como presuntos responsables fiscales, fueron vinculados (Auto de apertura – Folios 175 a 188):

- JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO C.C. 70.566.038
- IVAN DARIO GIRALDO GALLO C.C. 70.115.620
- JUAN GUILLERMO CUARTAS ÁLVAREZ C.C. 71.772.940
- FUREL S.A Nit. 800.152.208-9

-LUIS JAVIER GALEANO TRUJILLO C.C. 71.705.357
-FERNANDO LEÓN DÍEZ CARDONA C.C. 71.760.342
-CONRED S.A. Nit. 811.037.529-6
-M.G.L. INGENIEROS S.A.S. Nit. 800097984-0
-MARIO FERNANDO CAMARGO GÓMEZ C.C.16.535.507

2.4. La entidad estatal presuntamente afectada.

Como entidad afectada se identificó a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN – EPM con NIT. 890.904.996-1, sociedad industrial y comercial del Estado prestadora de servicios públicos domiciliarios.

2.5. Determinación del daño patrimonial y estimación de su cuantía.

Por el **hecho 1**, se determinó un presunto daño patrimonial por la suma de **\$22.387.274**, y por el **hecho 4** un valor de **\$269.566.159**, para un total de **DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M.L. (\$291.953.433)**.

2.6. Compañías garantes vinculadas.

COMPAÑÍAS ASEGURADORAS VINCULADAS						
N° PÓLIZA	ASEGURADORA	TIPO DE PÓLIZA	VIGENCIAS		VALOR ASEGURADO	FL.
			DESDE	HASTA		
20057	ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. NIT 860.002.505-7 RENOVACIÓN.	Seguro Responsabilidad Civil Directores y Administradores.	30/06/2015	30/06/2016	US\$50,000,000.00	CD
21381447	ALLIANZ SEGUROS S.A. N.I.T 860.026.182-5.	Póliza Cumplimiento cuyo tomador es Furel S.A. en virtud del contrato CT- 2013-001039.	25/11/2013	08/07/2014	\$499.560.448,60	CD

2.6. Actuación procesal relevante surtida en primera instancia.

- Por medio de Auto 108 del 2 de marzo 2016, se inició Indagación Preliminar (Folios 12 a 14).
- Por medio de Auto 294 del 6 de junio de 2018, se dictó Auto de Apertura (Folios 175 a 188).

- A través de Auto 476 del 24 de septiembre de 2021, se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 010 de 2016, y entre otras decisiones, se ordenó la remisión del expediente al Despacho de la Señora Contralora para surtirse al grado de consulta (Folios 837 a 851).
- A través de memorando 202100008572 del 6 de octubre de 2021, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva efectúa remisión del expediente al Despacho de la Señora Contralora para que se surta el grado de consulta (Folio 854).
- El día 6 de octubre de 2021, el expediente es recibido en el Despacho de la Señora Contralora para que se surta el grado de consulta, según constancia de recibido de esa misma fecha. (Folio 854)

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante **Auto 476 del 24 de septiembre de 2021**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó el archivo por inexistencia de daño patrimonial, y como consecuencia de esta decisión, ordenó la desvinculación de las aseguradoras vinculadas como terceros civilmente responsables y seguidamente la remisión del expediente para que surta el grado de consulta.

Para llegar a lo anterior, el Operador Jurídico de la primera instancia inició por enlistar y realizar una descripción de los elementos probatorios arrojados al plenario, para luego esgrimir las respectivas consideraciones, las cuales pasan a sintetizarse:

En primer lugar, fincó el problema jurídico en determinar si los presuntos responsables fiscales ocasionaron daño patrimonial a las Empresas Públicas o no en el reconocimiento y pago de IVA e Impuesto de Guerra, en lo referente al hecho 1 e imprevistos en lo atinente al hecho 4, tasado en DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M.L. (\$291.953.433) con ocasión de la celebración y ejecución de los contratos CT-2013-001034, CT-2013-001039, CT- 2013-000829 y CT-2013-002682, y una vez definido ello, establecer si se encuentran reunidos los elementos requeridos para proceder a proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal y si por el contrario, la ausencia de dichos elementos lo procedente es proferir auto de archivo.

En cuanto al análisis del caso concreto, estudió en primera medida lo concerniente a al **hecho 4** objeto de investigación, refiriéndose a decisiones precedentes proferidas por esta superioridad jerárquica, donde respecto al orden jurídico aplicable a la entidad afectada, ha precisado que las Empresas Públicas de Medellín, hace parte de los

organismos exceptuados en materia de normas de contratación. Seguidamente, entró a valorar varias de las argumentaciones defensivas esgrimidas por unos de los defensores contractuales respecto al tema de imprevistos y la obligación de exigir o no soportes para el reconocimiento de estos, en las que trae a colación diferentes pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado e incluso por parte de este mismo Organismo de Control Fiscal.

Bajo ese análisis, el funcionario de la primera instancia concluyó que este hecho no era constitutivo del daño patrimonial, por lo que dispuso el archivo de las diligencias en cuanto a este aspecto.

En relación con el **hecho 1**, que corresponde a un mayor valor pagado por concepto de IVA y al Impuesto de Guerra del 5% del contrato CT-2013-001039, encontró desvirtuado el presunto daño patrimonial causado a la entidad afectada, en la medida que así lo permitieron establecer las deducciones que por este concepto se le hicieron desde el 7 de octubre de 2013 al contratista Furel S.A. según se desprende del acta de liquidación del Contrato CT-2013-001039, y que suma dineraria por la que tasado el presunto detrimento patrimonial, fue devuelta por el contratista según consta en comprobante de Pago No. PT 895373 del 7 de octubre de 2013.

Concluye así el operador jurídico de la primera instancia, que ninguno de los hechos investigados (1º y 4º) pueden catalogarse como constitutivos de daño patrimonial causados al erario de EPM, surgiendo a flote una de las causales contenidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, para encontrar procedente proferir auto de archivo, como en efecto se dispuso en la parte resolutive del proveído consultado.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. Del grado de consulta – Reseña jurisprudencial.

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 fiscalizador¹.

¹ Ley 610 de 2000. Artículo 18.

Respecto al grado de consulta ha expresado la Corte Constitucional:

“(…) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”²

Este mismo Tribunal Constitucional, al analizar la consulta en materia penal, precisó:

“Siendo así, 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.”³

En materia de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, también se ha pronunciado respecto al grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, explicando:

*“El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, **en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal**, el superior de quien profiere **una decisión que consista en el archivo**, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, **la modifique, confirme o revoque**. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. (...) Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.”⁴ (Negrita fuera de texto).*

4.2 Problema jurídico.

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y partiendo de las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de

² Sentencia C – 968 de 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

³ Sentencia T – 005 de 2013.

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

primer grado en la decisión materia de revisión, esta Dependencia establece como problema jurídico el siguiente:

Determinar si en el **caso concreto**, se encuentra acreditada alguna de las causales o presupuestos axiológicos descritos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁵, para que pueda proferirse Auto de Archivo en los términos dispuestos por el Operador Jurídico de la primera instancia.

Dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación del presupuesto en mención, la confirmación, revocatoria o modificación de la decisión materia de revisión.

Para resolver el problema planteado, el Despacho deberá dentro del **análisis del caso concreto**, necesariamente examinar los siguientes aspectos bajo este orden: **(i)** El precedente administrativo de la Contraloría General de Medellín en cuanto reconocimiento del A.I.U y pago del imprevisto a un contratista sin soporte o justificación y la inexistencia del daño patrimonial presuntamente causado a raíz de las actuaciones descritas en los hechos (1º y 4º) objeto de pronunciamiento y, **(ii)** la verificación de alguna de alguna de las causales contenidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que permita la procedencia del auto de archivo.

4.3. Análisis del caso concreto.

A continuación, se procede al análisis del caso concreto, examinando en orden los temas indicados para resolver el problema jurídico formulado por el Despacho, en los siguientes términos:

4.3.1. El precedente administrativo de la Contraloría General de Medellín en cuanto reconocimiento del A.I.U y pago del imprevisto a un contratista sin soporte o justificación y la inexistencia del daño patrimonial presuntamente causado a raíz de las actuaciones descritas en los hechos (1º y 4º) objeto de pronunciamiento.

Como bien lo señala la primera instancia, el Despacho ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado respecto al orden jurídico aplicable a la entidad presuntamente afectada - Empresas Públicas de Medellín -, como igualmente se ha analizado si el pago

⁵ Ley 610 de 2000. Artículo 47. Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

a un contratista del imprevisto sin estar soportado puede atribuírsele la calidad de daño patrimonial⁶.

En cuanto al régimen jurídico de contratación de esta Entidad, se ha dicho que por Acuerdo Municipal 069 de 1997, expedido por el Concejo Municipal de Medellín se transformó las Empresas Públicas de Medellín en una empresa Industrial y Comercial del Estado. En su artículo 3° se estableció su régimen jurídico, en el cual se prescribe que sus actos y contratos, se regirían por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas expresamente en la Ley o la Constitución Política.

Por otra parte, es necesario precisar, que el legislador, tanto en las Leyes 142 de 1994, como en la 689 de 2001, estableció y reiteró el régimen contractual de las entidades estatales que presten servicios públicos domiciliarios, como es el caso objeto de averiguatorio fiscal. En efecto, en los artículos 31 de la Ley 142 de 1994, modificada por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001, se estableció por parte del legislador nuestro, que su régimen contractual era el derecho privado.

Ahora, en cuanto al reconocimiento del A.I.U y pago del imprevisto a un contratista sin soporte o justificación, ya esta Instancia Jerárquica ha establecido una posición y línea decisional en la que ha determinado que dicho pago no constituye un detrimento patrimonial, como quiera que ese pago objeto de reproche fiscal **no proviene de una conducta antieconómica, inoportuna, deficiente, ineficaz, antijurídica, ilegal o contraventora de las estipulaciones precontractuales o contractuales consignadas en los contratos celebrados por Empresas Públicas de Medellín , que como ya fue explicado, se rige por reglas del derecho privado.**

No obstante lo anterior, no está de más realizar un breve repaso de las razones jurídicas por las que esta Instancia considera que el pago a un contratista de un imprevisto no adquiere la potencialidad de causar un daño al erario, veamos:

El tema en cuestión, ha sido objeto de un constante debate no solo en el campo administrativo, sino además en el escenario judicial, pues obsérvese incluso, que el Consejo de Estado Sección Tercera en Sentencia del 29 de mayo de 2003, con ponencia del Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, se ocupó en aclarar que el A.I.U. hace parte de la estructura de los costos de los contratos, por lo que, de paso autorizó a las partes libremente acordar los porcentajes de los costos indirectos, sin que medie justificación alguna, sobre los elementos integrantes del A.I.U:

⁶ Auto 016 del 2 de diciembre 2020. Resuelve grado de consulta. Radicado 006 de 2015.

*“Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. **Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura, para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios.***

El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el álea del contrato.

En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U - administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella.

Esto significa que desde la celebración del contrato, al incluirse en el precio una partida que se dirigirá a cubrir los posibles gastos imprevistos que puede enfrentar el contratista, sabe que hay unos riesgos que pueden afectar su utilidad.” (Negrita y subrayado del Despacho)

En complemento de lo anterior, se tiene el concepto sobre imprevistos, proferido por la Contraloría General de la República⁷, que data de una calenda anterior a los supuestos hechos que generaron el hallazgo fiscal objeto de averiguación en esta causa fiscal (2013), al considerarse por parte de ese Órgano de Control y con soporte en la señalada sentencia del Consejo de Estado:

⁷ Contraloría General de la República. Concepto 2012EE0071253.

“(…) en nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida paragastos de imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como AIU- administración, imprevistos y utilidades – como factor en el que se incluyeese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe si una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ellas”.

Como si no fuera poco lo hasta aquí expuesto, en el mismo sentido también encontramos que en materia de orientaciones sobre políticas de contratación pública, **Colombia Compra Eficiente**, emitió la **Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública – Versión G-GPCOP-01**, documento que al referirse al valor y forma de pago de contratos de esta naturaleza (V.gr. Obra pública), en torno al A.I.U, explicó⁸:

“E. Valor y forma de pago de contratos de obra pública

Las Entidades Estatales pueden establecer el valor y la forma de pago de los contratos de obra pública a través de los siguientes métodos, que aunque no están contemplados de manera expresa en la Ley 80 de 1993, pueden ser pactados por las partes.

(…)

Cuando la forma de pago o remuneración del contrato estatal se pacta por el sistema de precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos, el valor inicial del contrato solo es un estimado o indicativo del costo probable, esto es, un estimado necesario para elaborar el presupuesto, por tanto, el valor real del contrato se establece una vez concluya el contrato, teniendo en cuenta la aplicación del procedimiento escogido por la Entidad Estatal.

Las Entidades Estatales pueden incluir en el valor del contrato un porcentaje estimado de administración, imprevistos y utilidad, el cual puede ser una proporción residual de dicho valor del contrato.

El porcentaje de imprevistos incluido dentro del AIU es una forma de asignar y tratar un riesgo previsible dentro un Proceso de Contratación, en el cual la Entidad Estatal traslada el Riesgo al contratista por los imprevistos que puedan ocurrir.

8

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_publica.pdf. / Pág 9
– 10.

correspondiendo su valor al costo de la contingencia que la Entidad Estatal le paga al contratista para que éste asuma el riesgo en la ocurrencia de imprevistos. Así las cosas, la Entidad debe pagar el valor correspondiente a los imprevistos aun cuando no existan, pero en caso de haberse generado no podrá pagar un valor mayor al determinado por el contratista en su oferta económica para dicho aspecto.
(Resaltado y subrayado intencional del Despacho)

En efecto, como puede observarse esta Instancia cuenta con un precedente administrativo sobre el tema analizado, línea jurídica pacífica que ha sido aplicada al momento de resolver grados de consulta en los que la controversia gira respecto al pago a un contratista del imprevisto sin estar soportado, y que por obvias razones esa misma línea decisional resulta aplicable al caso analizado en la presente providencia consultiva.

Pues bien, descendiendo al caso concreto **el primer** juicio de reproche fiscal gira en torno al reconocimiento de imprevistos sin soporte al contratista por un valor de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$269.566.159) con ocasión de la celebración y ejecución de los CONTRATOS:CT-2013-001034, CT-2013-001039, CT- 2013-000829 Y CT-2013-002682 (Folios 6 - 7 y CD).

Es importante indicar la vigencia de cada uno de los contratos descritos en el hecho objeto de investigación, así:

CONTRATO	CONTRATISTA	FECHA INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
CT-2013-001034	LUIS JAVIER GALEANO MURILLO	10/07/2013	05/05/2014
CT-2013-001039	FUREL S.A.	11/07/2013	06/05/2014
CT- 2013-000829	CONRED S.A.	09/09/2013	16/04/2014
CT-2013-002682	M.G.L. INGENIEROS S.A.S.	22/04/2014	22/02/2015

Todos estos contratos estatales, comparten ciertas características que para este grado de consulta interesan, la primera de ellas es que su celebración se dio en el año 2013, época en que tanto la Doctrina Administrativa como la Jurisprudencia emanada del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo compartían posiciones orientadas a que el factor “imprevistos” del A.I.U. hacía parte del precio del contrato, y por tanto para su reconocimiento al contratista, no requerían su demostración, comprobación o justificación. En otras palabras, para la época del hecho generador del presunto daño patrimonial investigado, no existía una **posición unívoca y uniforme**, en cuanto al tópico de imprevistos, pues incluso, tal como ya ha sido advertido por este grado jerárquico, el máximo órgano en materia de control fiscal a nivel nacional – CGR- para situaciones acaecidas en esa calenda, había proferido decisiones en la misma línea

concluyente que indica que sobre contratos o convenios con la cláusula A.I.U. – Administración, Imprevistos y Utilidades, al ser un componente del valor del contrato, no se debe justificar. Y la segunda característica que confluye en los contratos mencionados (CT-2013-001034, CT-2013-001039, CT- 2013-000829 Y CT-2013-002682), es que si bien existió una identificación de los riesgos, en su valoración y distribución no quedó establecido cual parte de los contratantes asumiría su valor y bajo cuales exigencias, abriendo paso a que su reconocimiento al contratista sin que mediara soporte, no estuviera prohibido o se constituyera como un pago en exceso como en principio lo evidenció el equipo auditor en el traslado de los hallazgos objeto de averiguación (Formato Traslado de los Hallazgos, Folios 6-10-CD).

En este orden de ideas, el Despacho siendo **coherente, consistente y respetuoso del precedente administrativo emanado de este Organismo de Control Fiscal**, al igual que el Operador Jurídico de la primera instancia, encuentra acertado que el hecho 4 y que ha sido explicado en líneas precedentes, no es constitutivo de daño patrimonial, y por tal motivo se confirmará esta parte de la decisión sometida a consulta.

Ahora bien, en cuanto al segundo de los hechos objeto de pronunciamiento, que obedece al hecho 1 investigado, fincado en que existió un mayor valor pagado por concepto de IVA y que adicionalmente no se realizó la deducción del impuesto de guerra del 5% como está establecido en el pliego de condiciones del contrato CT-2013-001039, presunto daño patrimonial tasado en la suma de \$22'387.274, al igual que lo advierte el funcionario de la primera instancia, y sin que se haga necesario un exhaustivo esfuerzo probatorio, se evidencia la suma señalada y derivada del hecho supuestamente precursor del daño patrimonial, se retornó por el contratista Furel S.A., a manera de deducción en la factura No. CT – 20222 y en el comprobante de Pago No. PT 895373 del 7 de octubre de 2013 (Folio 565, vuelto). El citado documento, aportado en modo “pantallazo” o captura de pantalla por la defensora del procesado JUAN ESTEBAN RESTREPO CALLE, quien acreditó haberlo obtenido por parte de EMP en respuesta a los derechos de petición identificados con los Radicados 20180130146864 del 9 de noviembre de 2018 y 20190120010260 del 22 de enero de 2019, cuya respuesta fue brindada por el señor Iván Darío León Puerta identificándose como Jefe de Unidad del Departamento de Servicios Financieros (Folio 594 CD).

Bajo estas premisas, es dable concluir al igual que lo advierte la primera instancia, que los reintegros a que hubo lugar se realizaron antes de que se hubiera efectuado la Auditoría que dio lugar a la presente investigación, es decir, en el año 2015, motivo suficiente para que se haga innecesario realizar cualquier pronunciamiento sobre una corrección monetaria sobre la suma presuntamente lesiva al erario de EPM.

En este orden de ideas, surge diáfano concluir que el último hecho analizado no da cuenta de la existencia de un daño patrimonial, y que, por el contrario, el mismo fue desvirtuado con la prueba documental debidamente recaudada y valorada en líneas precedentes, razón por la cual se procederá a confirmar esta parte contenida en la decisión consultada.

4.3.2. Sobre la verificación de alguna de las causales contenidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que permita la procedencia del auto de archivo.

Por las razones expuestas en precedencia, en lo relacionado al reconocimiento y pago de imprevistos por valor de DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS M.L.(\$269.566.159) con ocasión de los contratos:CT-2013-001034, CT-2013-001039, CT- 2013-000829 y CT-2013-002682, a juicio de este Operador Jurídico de esta Instancia, se encuentra plenamente demostrado que operó una de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁹, como lo es el hecho investigado no es constitutivo de un detrimento patrimonial.

Y, en lo tocante al segundo de los hechos objeto de pronunciamiento, fincado en que existió un mayor valor pagado por concepto de IVA y que adicionalmente no se realizó la deducción del Impuesto de Guerra del 5% como está establecido en el pliego de condiciones del contrato CT-2013-001039, presunto daño patrimonial tasado en la suma de \$22'387.274, tal como fue advertido, su existencia quedó desvirtuada con la prueba documental arrojada. De manera que, ante la ausencia del elemento daño, se ve truncada la posibilidad de proferir Auto de Imputación en los términos previstos en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, no quedando otra vía alterna a la de proceder con el archivo de las presentes diligencias, por no estar acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Sin más por considerar, y en mérito de lo expuesto, el Despacho de la **CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N°476 del 24 de septiembre de 2021**, por medio del cual se **ORDENÓ EL ARCHIVO** del

⁹ El hecho no es constitutivo de daño patrimonial.

Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 010 de 2016**, por las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

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

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín.

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