

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 002 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 013 DE 2017

Medellín, Trece (13) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Providencia Consultada	Auto 375 del catorce (14) de diciembre del año dos mil veinte (2020), proceso radicado 013-2017.
Entidad afectada:	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. NIT. 890.904.996-1.
Hecho Investigado:	Presunto detrimento patrimonial originado en la adquisición por parte de EPM del ciento por ciento (100%) las acciones AGUAS DE ANTOFAGASTA S.A. (ADASA), sociedad con domicilio en Chile, por cuanto se pagó una suma superior a su valor de mercado.
Cuantía Total del daño	Quinientos sesenta y un mil setecientos veintinueve millones setecientos sesenta y dos mil pesos colombianos (\$ 561.729'762.000)
Presuntos responsables	<ul style="list-style-type: none"> • JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, Gerente General • GABRIEL JAIME BETANCOURT MESA, Vicepresidente Ejecutivo de Estrategia y Crecimiento • JORGE ANDRÉS TABARES ANGEL, Vicepresidente Finanzas Corporativas, Gestión Riesgos e Inversión • VICTOR RODRIGO VÉLEZ MARULANDA, Gerente Crecimiento Aguas y Saneamiento • ANIBAL GAVIRIA CORREA, Presidente Junta Directiva • ALBERTO ARROYAVE LEMA, Vocal de Control Junta Directiva • LUIS FERNANDO ARBELAEZ SIERRA, Vocal Junta Directiva • ANDRÉS BERNAL CORREA, Vocal Junta Directiva • RUBEN HERNANDO FERNANDEZ ANDRADE, Vocal Junta Directiva • GABRIEL RICARDO MAYA MAYA, Vocal de Control Junta Directiva • MANUEL SANTIAGO MEJÍA CORREA, Vocal Junta Directiva • BEATRIZ RESTREPO GALLEGO, Vocal Junta Directiva
Decisión Instancia Primera	ARCHIVO PROCESO
Procedimiento	Ordinario
Decisión en grado de consulta	CONFIRMA
Garante	ROYAL & ALLIANCE SEGUROS (Colombia) S.A. (hoy SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con Nit 890.903.407-9)

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011 y 1474 de 2011, Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018, Resoluciones 092 de 2019 y 300 de 2020 (Manual específico de Funciones y competencias laborales), procede a resolver en Grado de Consulta de la decisión contenida en el Auto 375 del 14 de diciembre de 2020, por medio de la cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordenó el archivo del proceso radicado 013-2017.

II. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS

Mediante memorando 047722-201700000435 del 2017/01/18, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal EPM 1, dio traslado a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de un hallazgo con presunta incidencia fiscal, determinado en la Auditoría Especial realizada a la **adquisición** de Aguas de Antofagasta S.A. (ADASA) por parte de EPM, el cual se resume en los siguientes términos: (Cuaderno 1, fl. 2-8)

Según el Grupo Auditor, el hallazgo fiscal tuvo su origen en los siguientes hechos:

De conformidad con el literal d) del artículo 17 de los Estatutos de EPM (Acuerdo 12 de 1998), los miembros presentes de la Junta Directiva de EPM, decidieron por unanimidad, autorizar a la Administración para que, en caso que la oferta vinculante de EPM CHILE S.A. resultara elegida en el proceso de invitación a presentar ofertas por el 100% de las acciones en ADASA, procediera a capitalizar en unión con EPM Inversiones S.A., y otorgar un crédito a EPM CHILE S.A. hasta por la suma de USD 1.050 millones; así mismo, expedir el acto administrativo de modificación al presupuesto.

(...)

*El 29 de julio de 2016 el Equipo Auditor de la Contraloría sostuvo una reunión con la firma **South Andes Capital**, quien valoró el negocio para EPM y de la cual se obtuvo la información donde se evidenciaba que el **promedio de ventas negociadas en transferencias de derechos de concesión era de 10.1 Ebitda's, mientras que la transacción se hizo en 13 veces de acuerdo con el Ebitda proyectado para el 2015, es decir, 3 puntos de factor multiplicador más que el referente de mercado.** Es bueno aclarar, que este indicador se calcula tomando el valor de la empresa pagado, dividido el Ebitda proyectado al periodo siguiente. SNFT. (...)*

Por lo tanto se apeló a la información de **valores por múltiplos**, que **es una de las metodologías de referenciamiento más utilizadas en las prácticas económicas y financieras para determinar el valor de una empresa**. Este método consiste en construir una base de empresas, y a partir de la información pública de los estados financieros de éstas, obtener múltiplos que permitan valorar la empresa en cuestión. (SNFT.)

En otras palabras, es un referente de valores adquiridos en diferentes ejercicios, que se utiliza para determinar si el valor que se obtiene en una transacción es razonable. Como se puede notar, estos referentes son los adecuados en materia de control fiscal para determinar el cumplimiento de criterios propios del principio de economía, en lo relacionado con adquisición de compañías.

En resumen, para el caso de la negociación de ADASA se utilizaron dos múltiplos: valor de la empresa/EBITDA (EV/EBITDA) y valor de la empresa/cliente (EV/cliente), referentes estos que como ya se demostró, fueron ampliamente desbordados por el pago que se hizo de la parte de la concesión adquirida; además estas cifras se validaron con otros referentes como el valor de la empresa/ingresos (EV/Revenue), y valor de la empresa/metros cúbicos facturados (EV/m3k), los cuales igualmente evidencian la transacción antieconómica realizada por la Administración.

Es por ello que se tomaron los tres Ebitda's (13 – 10) en la **violación del principio de economía**, como determinante para calcular el presunto daño patrimonial, que al multiplicarlos por el valor del Ebitda de la empresa (\$cl 45.572.384) arroja un valor de 136.717'152.000 pesos chilenos, que a una tasa de cambio de pesos chilenos por un peso colombiano de 4,1087 en la fecha de adquisición (2 de junio de 2015) equivale a **561.729'762.000 pesos colombianos**.¹. (SNFT).

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto de Apertura del proceso radicado N° 313 de 2017, se identificaron como presuntos responsables a los siguientes directivos y miembros de la Junta Directiva de EPM. (Cuaderno 1, fl. 167)

NOMBRE	CARGO
JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO	Gerente General EPM
GABRIEL JAIME BETANCOURT MESA	Vicepresidente Ejecutivo de Estrategia y Crecimiento EPM
JORGE ANDRÉS TABARES ANGEL	Vicepresidente Finanzas Corporativas, Gestión Riesgos e Inversión EPM
VICTOR RODRIGO VÉLEZ MARULANDA	Gerente Crecimiento Aguas y Saneamiento EPM
ANIBAL GAVIRIA CORREA	Presidente Junta Directiva EPM
ALBERTO ARROYAVE LEMA	Vocal de Control Junta Directiva EPM
LUIS FERNANDO ARBELAEZ SIERRA	Vocal de Control Junta Directiva EPM

¹ Véase folios del 2 al 16. El detrimento equivale a 3 Ebitdas por encima del promedio 10-13. Folio 6.

ANDRÉS BERNAL CORREA	Vocal de Control Junta Directiva EPM
RUBÉN HERNANDO FERNANDEZ ANDRADE	Vocal de Control Junta Directiva EPM
GABRIEL RICARDO MAYA MAYA	Vocal de Control Junta Directiva EPM
MANUEL SANTIAGO MEJÍA CORREA	Vocal de Control Junta Directiva EPM
BEATRIZ RESTREPO GALLEGO	Vocal de Control Junta Directiva EPM

2.3. ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., creada como Establecimiento Público por el Acuerdo N° 58 del 6 de agosto de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín y transformada por el Acuerdo N° 69 del 10 de diciembre de 1997, expedido por el Concejo Municipal de la misma ciudad, en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal. (Cuaderno 1, fl. 167)

2.4. DETERMINACIÓN DE PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL Y SU CUANTÍA

El detrimento patrimonial se cuantificó por el Equipo Auditor de la Contraloría General de Medellín, en la suma de quinientos sesenta y un mil setecientos veintinueve millones setecientos sesenta y dos mil pesos colombianos (\$561.729.762.000). (Cuaderno 1, fl. 3, 6)

2.5. GARANTES VINCULADOS

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva vinculó a la aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A. Esta entidad absorbió a ROYAL & ALLIANCE SEGUROS (Colombia) S.A., quien asumió la calidad de asegurador en la póliza 20057 y expidió la póliza N° 0475631-6 para la vigencia 30/06/2017 hasta 30/06/2018.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Mediante Auto 107 del 17 de abril de 2017 se profirió Auto de Iniciación de Indagación Preliminar. (Fls. 57 al 60).
2. Por medio del Auto 313 del 26 de septiembre de 2017 se dictó Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 013-2017 con el cual se dio inicio formal al proceso. En dicho auto se decretaron e incorporaron algunas pruebas relevantes dando cumplimiento a los requisitos contemplados en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000. (Fls. 167 al 178).

3. A través del auto 404 del 30 de enero de 2018 se ordenó correr traslado por cinco (5) días de los Informes Técnicos radicados R201800001713 denominado "Valoración de Aguas de Antofagasta-Metodología de Valoración" elaborada por el Profesor Julio E. Villareal (40 folios) y R201800001722 "Dictamen pericial sobre la compra de Aguas de Antofagasta S.A. (ASADA), efectuada por Empresas Públicas de Medellín (EPM)" realizado por Patricio del Sol. (Fls. 901 y 902).

4. Por medio del Auto 538 del 7 de septiembre de 2018 se comisionó al abogado Martín Alonso García Agudelo para que continuara con el trámite de sustanciación del proceso radicado 013-2017. (Fl. 909)

5. Mediante el auto 777 del 18 de octubre 18 de 2019 se profirió auto de decreto e incorporación de algunas pruebas. (Fls. 930 al 932).

2.7. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Como medios de pruebas relevantes fueron incorporadas al expediente las siguientes:

- Disco compacto obrante en el folio 9, con las siguientes carpetas:
 - Actas de Junta Directiva de EPM sobre la compra ADASA.
 - Contrato de concesión ADASA.
 - Contrato a crédito USD 400 millones. Suscritos con el Banco del Estado y el Scotiabank.
 - Contrato de valoración South Andes Capital.
 - Contrato y anexos compraventa de acciones ADASA.
 - Documentos proceso auditor.
 - Estatutos EPM. El acuerdo 12 de 1998, estatutos de EPM y su modificación.
 - Memoria anual de valoración ADASA 2015.
 - Modelo valoración ADASA. Ejercicio de valoración desarrollado en Excel por South Andes Capital. (Folio 9)
 - Respuesta Econssa. Oficio de respuesta por parte de este Organismo de Chile, donde se manifiesta que el valor proyectado del reembolso de las inversiones, difiere del cálculo de EPM.
 - Respuesta informe preliminar EPM. Respuesta por parte de la administración de EPM y 5 anexos de la misma.
 - Soporte de pagos Antofagasta.

- Disco compacto obrante en el folio 16, con una carpeta denominada ANEXOS AE [AUDITORIA ESPECIAL] ANTOFAGASTA y contiene los siguientes archivos:
 - a. Anexos 1 y 2.
 - b. Anexos 3, 4 y 5.

- c. Anexos 6 y 7.
- d. Anexos 8. Póliza 20057.
- Informe de la Auditoría Especial Adquisición Aguas de Antofagasta S.A. (ADASA) que reposa en los folios del 46 al 56.
- Pruebas practicadas durante la indagación preliminar ordenada mediante Auto 107 del 17 de abril de 2017, que se indican a continuación:
 - Declaración juramentada rendida el 8 de mayo de 2017 por los funcionarios Francisco Flavio Sierra Cataño, Gerardo Aníbal Serna Gómez y Oscar José Franco Echavarría, adscritos a la Contraloría General de Medellín, e integrantes del Equipo Auditor que levantó el hallazgo fiscal obrante en medio magnético en el folio 64.
 - Documento presentado por el señor GABRIEL JAIME BETANCOURT MESA, denominado "Proceso de adquisición de Aguas de Antofagasta por parte de EPM Proyecto Corvina", obrante del folio 67 al 110.
 - Manual de funciones del cargo Gerente de Crecimiento Agua y Saneamiento, adosado en los folios del 145 al 147, 320.
- Circular Externa 220-000007 del 2 de abril de 2008 de la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Folios 342 al 347.
- Documento denominado: "Proceso de Adquisición de Aguas de Antofagasta por Parte de EPM – Proyecto Corvina". Folios 348 al 391.
- Documento remitido por South Andes Capital denominado "Consideraciones y comentarios – Apoyo en la Valorización de Aguas de Antofagasta S.A. – Proyecto Corvina". Folios 392 al 423.
- Documento suscrito por el consultor financiero Oscar León García, denominado "Opinión acerca del denominado "Método de Valoración por Múltiplos". Folios 573 al 575.
- Informe técnico elaborado por el profesor Julio E. Villarreal N., denominado "Valoración de Aguas de Antofagasta – Metodología de Valoración". Folios 591 a 628.
- Informe Técnico elaborado por el profesor Patricio del Sol, denominado: "Dictamen pericial sobre la compra de Aguas de Antofagasta S.A. (ADASA), efectuada por Empresas Públicas de Medellín (EPM)". Folios 636 a 890.

- Oficio 20190130151572 del 13 de noviembre de 2019 de EPM, radicado en la Contraloría General de Medellín con el consecutivo 201900003099 del 2019/11/14, junto con un CD de anexo. Folios 940 a 947.
 - Decreto 1571 del 6 marzo de 2006. Política general de inversiones definida por la Junta Directiva de EPM.
 - Acta del Comité de Estrategia y Negocios de la Junta Directiva de EPM, celebrada el 10 de marzo de 2015.
 - Acta N° 10 del Comité de Dirección de EPM, realizada el 27 de marzo de 2015.
 - Acta del Comité de Estrategia y Negocios de la Junta Directiva de EPM, celebrada el 7 de abril de 2015.
 - Acta de Junta Directiva de EPM, celebrada el 17 de abril de 2015, mediante la cual se aprueba la firma del contrato de compraventa de acciones de la empresa Aguas de Antofagasta.
 - Certificación sobre empresas adquiridas por EPM y en las cuales para su valoración utilizó el modelo financiero de Flujo de Caja Libre Descontado.

III. PROVIDENCIA CONSULTADA

Corresponde al Auto 375 del catorce (14) de diciembre del año dos mil veinte (2020), proceso radicado 013-2017, por el cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió: **1)** archivar el proceso, **2)** desvincular del proceso a Seguros Generales Suramericana S.A., con NIT 890.903.407-9, entidad que absorbió a ROYAL & ALLIANCE SEGUROS (Colombia) S.A., y quien asumió la calidad de asegurador en la póliza 20057 para la vigencia 30/06/2016 hasta 30/06/2017 y expidió la póliza N° 0475631-6 para la vigencia 30/06/2017 hasta 30/06/2018. **(Folio 997)**.

Entre los argumentos expuestos por la primera instancia, este Despacho los resume así:

Expresa que en sesión de Junta Directiva de EPM, realizada el 17 de marzo de 2015², se estudiaron las razones de necesidad y la conveniencia de la inversión en la compra de Aguas de Antofagasta S.A. en adelante ADASA.

Explica que con el fin de minimizar los riesgos, EPM realizó las siguientes debidas diligencias en el proceso de compra de ADASA: Financiera, Técnica y Regulatoria, legal, Tributaria, Contable, reputacional, y análisis de riesgos. **(Cuaderno 1, fl 33)**

² Acta de la Reunión de Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín, realizada el 17 de marzo de 2015, véase folios del 19 al 29.

Afirma que con la asesoría de la Banca de Inversión South Andes Capital S.A realizó el modelo financiero de valoración a través del **Flujo de Caja Libre Descontado**, en adelante FCLD, y en coherencia con las disposiciones internas de EPM³. El FCLD fue soportado en la información recopilada en las diferentes *debidas diligencias* y las recabadas por la misma banca de inversión y por EPM. A partir del ejercicio financiero de valoración económica se concluyó que el **valor razonable** de la ADASA podría estar en el orden de **1.115 millones** de dólares americanos⁴. (Folios 31, 944).

Resalta la Primera Instancia que el Decreto 1571 del 7 de marzo de 2006, por medio del cual se reglamentó la política general de inversiones definida por la Junta Directiva de EPM, dispuso que el método aplicable para la valoración de proyectos de inversión sería el **Flujo de Caja Libre Descontado**⁵.

Manifiesta el Operador Jurídico que se realizaron estudios serios y rigurosos (elaborados con el personal idóneo para ello) a partir de los cuales se alimentó un modelo de ingeniería financiera, de reconocida aplicación en el campo de las finanzas, para determinar el *valor de la oferta económica* de adquisición de la compañía Chilena Aguas de Antofagasta S.A., a partir del cual se comprobó que era el más conveniente para las EPM.

Sobre el punto anterior, se observa que la modelación financiera que no fue descalificada técnicamente en la declaración juramentada rendida por el Equipo Auditor de la Contraloría General de Medellín ante la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad fiscal. Algunos apartes de esa declaración son los siguientes:

*(...) **Sobre el tema de la opinión técnica, el Flujo de Caja Libre es un método científico y estos métodos son comprobados digámoslo desde el punto de vista de la matemática financiera ya están comprobados.** Obviamente como es un ejercicio de valoración en que se incluyen variables donde hay un sujeto que alimenta dichos modelos existe cierta subjetividad a la hora de elaborar estos modelos. La metodología en si es científica pero la forma de alimentar esta metodología si tiene un componente subjetivo.*

(...)

PREGUNTADO: La metodología utilizada por Empresas Públicas de Medellín para valorar la empresa Aguas de Antofagasta fue aplicada correctamente?

³ Véase folio 947 Medio magnético: Artículo 5 y numeral 2.4.2 del anexo 1 de la Resolución Decreto 1571 del 7 de marzo de 2006 de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín S.A.

⁴ Véase folios 9 y 10.

⁵ Véase folio 947 Medio magnético: Resolución Decreto 1571 del 7 de marzo de 2006 de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín S.A.

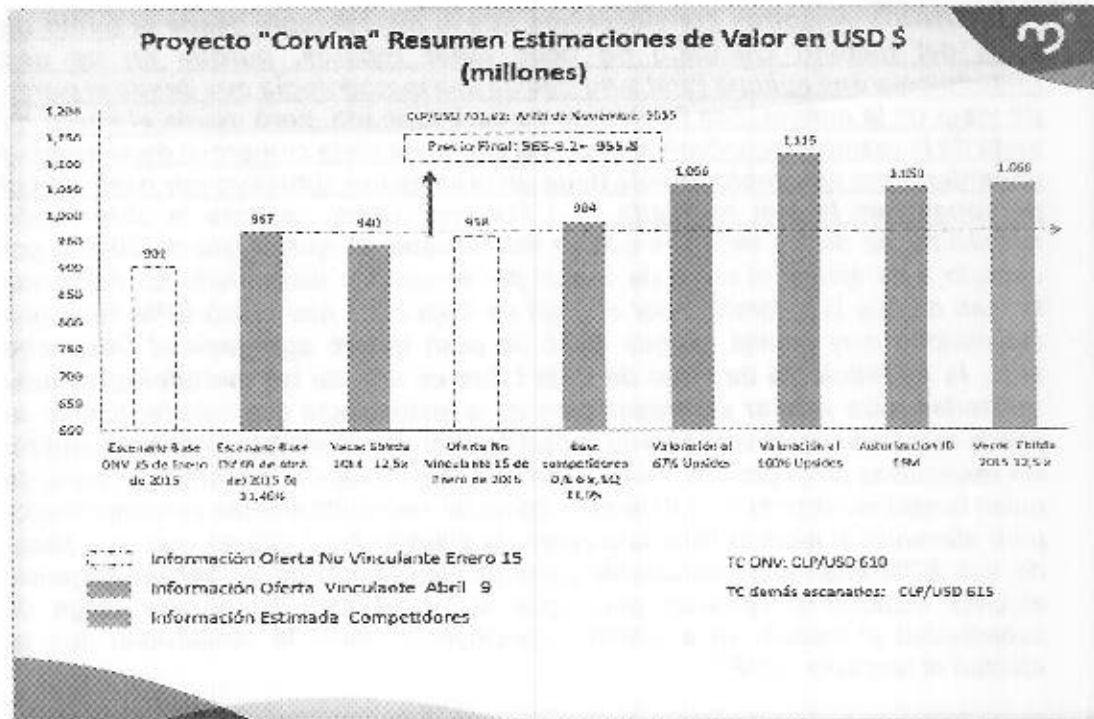
RESPONDIÓ: Nosotros consideramos que la metodología desde el punto de vista del método científico no debe tener reparos, porque no es una metodología que aplique EPM sino que es una metodología que desde el punto de vista de la matemática financiera ya está probada, pero desde el punto de vista de la realidad económica, desde el punto de vista comercial de la entidad consideramos esta metodología tiene un gran sesgo subjetivo por parte de las personas que la han realizado. (...) Por eso cuando se hace la observación sensibilización de las variables que ya les indicaba de ajustar hito de 2020 o por ejemplo o de ajustar el costo de capital por el cual fue descontado los flujos nos indican de que la valoración por el Flujo de Caja Libre que utilizó EPM tiene una subjetividad muy grande, porque dicho de paso quiero agregarle al Despacho algo, la metodología de Flujo de Caja Libre es una de las metodologías más utilizadas para valorar empresas pero es la metodología que más fácilmente se puede manipular por la variables de entrada que el mismo modelo exige para realizar las respectivas proyecciones, luego tiene una carga bastante subjetiva por parte de quien la está realizando. (...) El modelo como tal matemáticamente es comprobado, pero alimentar el modelo tiene una carga de subjetividad bastante grande a pesar de que EPM informa y obviamente pues plantea dentro de su debida diligencia algunos estudios al respecto pero igual si los estudios tienen esa carga de subjetividad el modelo va a terminar concluyendo sobre la subjetividad que se efectuó al respecto. SNFT.

Pone de presente el A-quo que en concepto técnico aportado como prueba, el profesor Julio E. Villarreal Navarro⁶, conceptuó que el modelo financiero usado por EPM era una herramienta adecuada para la toma de decisiones por parte de la administración de EPM.⁷ Agrega que dicho experticio técnico, goza de eficacia probatoria, que permite su valoración, en tanto su autor es una persona idónea en este tipo de estudios. No existe motivo para dudar de su imparcialidad por cuanto su informe está debidamente fundamentado, sus conclusiones son claras, firmes y consecuencia de las razones expuestas. Fue incorporado debidamente al trámite del proceso de responsabilidad fiscal mediante Auto de Traslado de Informe 404 del 6 de julio de 2018 y se colocó a disposición de los sujetos procesales para que su surtiera la contradicción del mismo.

Explica que la modelación financiera por el FCLD, arrojó un valor de la empresa Aguas de Antofagasta de USD 1.115 millones como se desprende del siguiente cuadro:

⁶ Julio E Villarreal Navarro, profesor asociado de la Universidad de los Andes. Perfil Profesional: M.Sc. en Finanzas (estudios a nivel doctoral – 2004), University Of Rochester; MBA (1984), Universidad de Los Andes; B.Sc Ciencias Políticas y B.Sc Economía (1979) Universidad de Los Andes. (Fuente: página oficial Universidad de Los Andes).

⁷ Véase documento denominado "Valoración de Aguas de Antofagasta – Metodología de Valoración", elaborado por el profesor Julio E. Villarreal Navarro, folios del 589 al 628.



Fuente: Respuesta a observaciones EPM al informe preliminar de Auditoría Especial "Adquisición Aguas de Antofagasta S.A. Folios 31, 944

Resalta que no obstante, que el precio máximo de la valoración arrojó el valor razonable de USD 1.115 millones, el precio de la negociación de Aguas de Antofagasta se acordó en la suma USD 965 millones. Pero luego de un ajuste del precio se transó en la suma de USD 955.8 millones, valor que corresponde a 13 Ebitdas. Se observa que el Equipo Auditor estimó que la negociación se debió hacer por 10 Ebitdas, que corresponde al promedio de las transacciones de compañías sanitarias realizadas en Chile en los últimos 5 años.

Agrega que de los elementos de juicio recabados en el proceso se evidencia que EPM presentó una oferta por debajo del valor máximo que indicaba la valoración financiera. Por lo expuesto no se puede concluir que se haya ocasionado un **daño patrimonial** a las finanzas de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Argumenta que no se evidencia que los funcionarios públicos vinculados hayan obrado con **dolo o culpa grave** en tanto cumplieron los principios de planeación y economía que debían seguir; contrataron diferentes asesores externos expertos que tenían la suficiente idoneidad en sus respectivos campos y se atendieron los lineamientos dados por los expertos y la norma interna de EPM sobre la metodología que se debía emplear para valorar económicamente la inversión a

realizar. Dicha metodología ha sido utilizada por Empresas Públicas de Medellín desde el año 2003, en la valoración para la adquisición de empresas en marcha del sector de servicios públicos.

Trae a colación un concepto de la Contraloría General de la República en el (80112-EEE35460, del 4 de junio de 2012), sobre los sobrecostos y el valor probatorio de las cotizaciones⁸.

Afirma la Primera Instancia que las ventas de compañía que se podrían utilizar para hacer la valoración de Aguas de Antofagasta S.A. por múltiplos corresponden a negociaciones realizadas en el año 2011 o anteriores (téngase en cuenta que la adquisición se realizó en el año 2015), cuestión que implica no poder hablar de iguales circunstancias de tiempo.

Dadas las dificultades prácticas que presenta el **método de valoración por múltiplos**, las particularidades de Agua de Antofagasta S.A., y los criterios, que ha señalado la Contraloría General de la República para determinar sobrecostos en los precios de mercado por comparación los valores. Esta metodología para la valoración de ADASA no resulta determinante de su valor de mercado y en consecuencia solo sirve como referente y no pueden considerarse como concluyentes los valores arrojados en su aplicación.

Argumenta que descartada la idoneidad y la pertinencia de la valoración de ADASA por el método de múltiplos, considera que el método adecuado es el recomendado por la Banca de Inversión South Andes Capital: FCLD, el cual fue el modelo financiero adoptado por la Junta Directiva de EPM para valorar sus proyectos de inversión.

Resalta el Operador Jurídico que la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa 220-000007 del 2 de abril de 2008⁹ emitió un pronunciamiento sobre los métodos de valoración de empresas y específicamente sobre la descripción y utilización del método de Flujo de Caja Libre Descontado señaló: (Folio 342).

*Este método de valoración de empresas, cuyo éxito depende al igual que el anterior depende de la correcta elaboración de las proyecciones que se vayan a utilizar, **es normalmente el que cuenta con mayor aceptación en la práctica financiera moderna.** SNFT.*

⁸ "Por tanto, para que las cotizaciones tengan un verdadero valor probatorio, debe cotizarse un bien de las mismas características y marca, en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar".

⁹ Véase folios del 345 y 346.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de "Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal". Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011 y el Decreto 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Por lo tanto, acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, Resoluciones 102 de 2019 y 300 de 2020, estas últimas expedidas por este Ente de Control Fiscal, la Contralora General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

Se debe tener en cuenta que según el Consejo de Estado¹⁰ la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la ley para cumplir una función administrativa, esto es, "la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto", lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la ley 610 de 2000 modificado por el artículo 132 del Decreto Ley 403 de 2020, establece el grado de consulta en los siguientes términos:

"Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador".

¹⁰ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-CP: Guillermo Vargas Ayala, 22 de octubre de 2015, radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01

Este grado de competencia, que se surte en los casos expresamente consagrados en la ley, el superior 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 alguna¹¹.

Asimismo, respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida¹²(...)"

Igualmente, el máximo Órgano Constitucional, en sentencia T-587 de 2002, sobre la consulta sostuvo:

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

Finalmente, de la normativa, jurisprudencia y doctrina conceptual relacionada, se obtiene respecto del grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal, que i) está instituido en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales; ii) procede en los casos específicamente determinados por la ley; iii) el superior que conoce de él, cuenta con amplias facultades para tomar decisiones respecto de lo consultado, incluso sin estar sujeto al

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-005/2013

¹² Sentencias C-151 de 1995 y C-968/2003

principio de non reformatio in pejus; **iv)** en desarrollo de esas facultades, el superior puede confirmar, modificar e incluso revocar la decisión objeto de consulta; **v)** lo decidido por el superior, es vinculante para el a quo; y **vi)** se debe decidir dentro de un término legal establecido, so pena de quedar en firme la decisión consultada.

4.3. EL PROBLEMA JURÍDICO

Según los elementos de prueba que obran en el expediente, se puede concluir que existen tres (3) posturas frente al daño patrimonial a EPM así:

1. El Equipo Auditor sostiene que el hallazgo se verifica **al aplicar el método de múltiples**, y al tomar los tres (3) Ebitda's (13-10) se tiene que al multiplicarlos por el valor del Ebitda de la empresa (\$Cl 45.572.384) arroja un valor de 136.717'152.000 pesos chilenos, que a una tasa de cambio de pesos chilenos por un peso colombiano de 4,1087 en la fecha de adquisición (2 de junio de 2015) equivale a 561.729'762.000 pesos colombianos. Por tanto se violó el principio de economía y se configuró un detrimento patrimonial a los intereses patrimoniales de EPM.
2. Los apoderados e investigados a través de los distintos medios de defensa, argumentaron que EPM hizo la debida diligencia, aplicó correctamente la metodología de flujos de caja libre descontados, con una tasa de descuento¹³ que reconoce el riesgo de los flujos de efectivo estimados. El pago realizado por EPM es un valor competitivo y adecuado, pues considera los flujos de caja esperados, y por tanto no existió daño patrimonial a EPM.
3. La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva consideró que el FCLD es modelo creado por la ingeniería financiera para establecer el valor razonable de una compañía en marcha. Dicho ejercicio estableció que el valor razonable era de USD 1.115 millones, el precio de la negociación de Aguas de Antofagasta se acordó en la suma USD 965 millones, pero luego de un ajuste del precio se transó en la suma de USD 955.8 millones. Por tanto EPM presentó una oferta por debajo del valor máximo que indicaba la

¹³ Comentario Oficina Asesora Jurídica. La tasa de descuento es el costo de capital que se aplica en para determinar el valor presente de un pago futuro. Es la tasa que cobra el inversionista considerando el riesgo de la inversión. Así, a mayor riesgo mayor tasa de descuento Nos indica cuánto vale ahora el dinero que recibiremos en una fecha posterior. Cabe precisar que la tasa de interés sirve para aumentar el valor (o añadir intereses) en el dinero actual. La tasa de descuento, por el contrario, resta valor al dinero futuro cuando se traslada al presente.

valoración financiera, de lo cual se puede concluir que no existió un daño patrimonial a las finanzas de EPM.

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, y partiendo de los elementos probatorios y de los argumentos expuestos por el operador jurídico, esta superioridad funcional establece como problemas jurídicos:

¿ Se configuró un daño patrimonial al Estado en razón a la metodología empleada por EPM para establecer el valor de ADQUISICIÓN de Aguas de Antofagasta?
¿Tenían el deber legal, técnico los investigados de valorar la empresa ADASA con base en la metodología del Flujo de Caja Libre Descontado o por el método de múltiplos Ebitda?. ¿Está probada alguna(s) causal(es) de archivo del proceso contemplada en la Ley 610 de 2000 que amerite el archivo del proceso de responsabilidad fiscal radicado 013-2017?

Para la solución del problema, se examinó el material probatorio con base en las reglas de la sana crítica y la persuasión racional¹⁴, para establecer si las operaciones jurídicas y económicas mediante el cual EPM adquirió el 100% de las acciones de ADASA vulneró o no los principios de la gestión fiscal con el consecuente daño a los intereses patrimoniales de EPM.

Este Despacho anuncia de antemano su tesis y que consiste en sostener que el Flujo de Caja Libre Descontado era la metodología recomendable que debía utilizarse por parte de EPM para la valoración de ADASA. Los valores pagados fueron inferiores al valor determinado en dicha metodología, es decir al valor autorizado por la Junta Directiva. Además dicha metodología era de obligatorio cumplimiento según las políticas de inversión de EPM y era la recomendada por la Superintendencia de Sociedades en casos de fusiones y escisiones.

Para argumentar y soportar la anterior tesis, el Despacho abordará los siguientes temas: i) Las metodologías de valoración de empresas, ii) Las políticas de EPM para la adquisición de empresas, iii. El caso concreto. Análisis de los elementos de la responsabilidad fiscal y, iv) La procedencia del auto de archivo según las causales contenidas en la ley 610 de 2000; y, v) La decisión.

¹⁴ Comentario Oficina Asesora Jurídica: el operador jurídico no es libre de razonar a su voluntad, pues ello no sería sana crítica sino libre convicción; tiene libertad para valorar la prueba, pero esa libertad es reglada por la sujeción a los cánones de la ley. Además los medios de prueba condicionan la decisión, si confirman con mayor probabilidad la hipótesis planteada por los sujetos preprocesales.

I). LAS METODOLOGÍAS DE VALORACIÓN DE EMPRESAS GENERALMENTE ACEPTADAS

La valoración es el proceso por medio del cual se busca establecer un rango de valores probables entre los cuales se puede encontrar el precio de una compañía. También se puede definir como un instrumento de evaluación de los resultados de la empresa¹⁵.

En teoría económica¹⁶, el proceso de valoración de empresas tiene como objetivo determinar un valor de referencia para fijar el precio en una operación de compra y venta. Ello por cuanto en el mercado no es viable obtener precios de referencia como ocurre con los bienes y servicios comunes. Entonces, mientras que el precio acordado es único, existirán tantos valores de la empresa como personas interesadas en su valoración. La valoración es una base o referente para iniciar un proceso de negociación entre las partes que dará lugar a la fijación del precio final resultado del acuerdo comprador-vendedor.

Entonces la pregunta que debe hacerse es: ¿Es aceptable y razonable la valoración realizada por EPM; y el precio final por el cual se adquirió ADASA fue conforme a los valores arrojados por la valoración y autorizados por la Junta Directiva de EPM?.

Según la literatura sobre valoración de empresas existen dos sistemas básicos de valoración de empresas: los tradicionales y los modernos, clasificados en seis categorías, y 29 metodologías¹⁷, tal como se ilustra en el cuadro siguiente.

Dada la discusión en este proceso sobre el método más técnico o razonable para la adquisición de ADASA, se presentan algunas características del método de múltiplos (utilizado por equipo auditor) y el de Flujo de Caja Libre Descontado utilizado por EPM. Se pretende analizar la razonabilidad de ambas metodologías y cuál ofrece el mejor criterio de valoración.

Cuadro 1. Clasificación de los sistemas, categorías y métodos de valoración de empresas¹⁸

¹⁵ <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2017/03/valoracion-de-empresas/>

¹⁶ Jaramillo Betancur, Fernando. Valoración de empresas. Ed. Ecoediciones. 2ª ed. Bogotá 2018, pág. 61.

¹⁷ Fuente: Jaramillo Betancur, Fernando. Ob. cit

¹⁸ (1) Es un método para evaluar a empresas llamado "valor presente ajustado", o "APV", por sus siglas en inglés. El valor de la empresa sin deuda se puede calcular como el "Free Cash Flow" descontado con el "WACC". Otro de los aportes derivados del descubrimiento de Modigliani y Miller.

(2) El modelo Black-Scholes es una fórmula utilizada para valorar el precio de una opción financiera. El modelo Black-Scholes le debe su nombre a los dos matemáticos que lo desarrollaron, Fisher Black y Myron Scholes. Black-Scholes se utilizó, en un principio, para valorar opciones que no repartían dividendos. O lo que es lo mismo, para intentar calcular cuál debería ser el precio "justo" de una opción financiera. Más tarde, el cálculo se amplió para todo tipo de opciones.

1. TRADICIONALES			2. MODERNOS		
MÉTODOS BASADOS EN BALANCE GENERAL	MÉTODOS BASADOS EN ESTADO DE RESULTADOS (MULTIPLIOS)	MÉTODOS MIXTOS	MÉTODOS BASADOS EN DESCUENTOS DE FLUJOS	MÉTODOS BASADOS EN CREACIÓN DE VALOR	MÉTODOS BASADOS EN OPCIONES
Valor contable (nominal)	PER (precio mercado acción)	Alternativo	Flujo de utilidades y dividendos	Utilidad económica	Ampliar el proyecto
Valor intrínseco (Valor neto del patrimonio)	EBITDA(1)	Renta abreviada	Flujos de fondos		invertir
Valor contable de reposición y realización	Dividendos	Alternativo	Flujo de efectivo	EVA (valor económico agregado)	Aplazar la inversión
Valor de liquidación	Ventas o ingresos	Unión de expertos Europeos	FLUJO DE CAJA LIBRE	Valor de Caja agregado	Usos alternativos
Valor de mercado	Otros múltiplos (Utilidades, acción/valor contable etc.)	Anglosajón	APV (1)	CFROI (retorno sobre la inversión con base en flujos de caja)	Black & Scholes (Fórmula para valorar precio de una opción financiera) (2)

De acuerdo con el documento obrante en el proceso, suscrito por el consultor financiero Oscar León García, denominado "Opinión acerca del denominado "Método de Valoración por Múltiplos", concluye que "Reducir el cálculo del valor de una empresa al uso exclusivo de múltiplos es una **alternativa riesgosa** sin no se tiene en cuenta y no se es cuidadoso, entre otros, con los siguientes aspectos. (...) Equivocadamente se cree que el múltiplo de Ebitda es el más adecuado y **resulta ser que ni es el más usado, ni es el más recomendado**. SNFT. (Folios 573, 574.)

Por su parte Pablo García Jiménez¹⁹, teórico sobre el tema sostiene:

*Actualmente, de entre ellos, es el método Descuentos de Flujo de Caja Libre (D.C.F.), el que **es generalmente admitido técnico y pericialmente**, siendo considerado **el más completo y evolucionado** (recomendamos la lectura acerca del tema del profesor Samuel Stern de la Universidad de Chicago).*

Cuadro 2. Comparativo entre el método de múltiplos y el FCLD²⁰

¹⁹ La valoración de empresas: El método de descuentos de Flujo de Caja Libre (DCF) y su aplicación práctica. 2013

²⁰ EL FLUJO DE CAJA DESCONTADO COMO LA MEJOR METODOLOGÍA EN LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE UNA EMPRESA. José J. Vidar. Julio de 2009. [HTTPS://ECONOMIPEDIA.COM/DEFINICIONES/METODOS-VALORACION por multiplos.html](https://economipedia.com/definiciones/metodos-valoracion-por-multiplos.html). métodos de valoración por múltiplos. José Francisco López.

MÚLTIPLOS O COEFICIENTES	FLUJO CAJA LIBRE
Los métodos de valoración por múltiplos son métodos de valoración de empresas que utilizan la información de la cuenta de resultados para valorar una empresa. Por otro lado, también se conocen como métodos de valoración basados en la cuenta de resultados. Se llama método de valoración por múltiplos porque se utilizan múltiplos de diferentes magnitudes presentes en la cuenta de resultados.	El flujo de caja libre es un indicador del desempeño financiero de un negocio. Mide la cantidad de efectivo que una empresa es capaz de generar después de deducir las cantidades de dinero necesarias para mantener o ampliar su base de activos. Dicho de otra manera, el FCL mide la capacidad de un negocio para generar lo que más le interesa a sus financiadores: efectivo para la remuneración del capital que aportan los socios.
Las principales críticas de los métodos de valoración por múltiplos giran entorno a su extrema sencillez. Muchos expertos apuntan que no es posible decir cuál es el precio teórico de una empresa atendiendo a unas pocas magnitudes sobre ventas, beneficios o páginas visitadas. Lógicamente se trata de una valoración estática que no tiene en cuenta la evolución futura de la empresa, el valor del dinero en el tiempo, la situación del sector o incluso cambios en la organización, contratos que no se ven reflejados en los estados contables de la empresa, etc.	El método del FCLD es el de mayor utilización porque constituye el único método de valoración conceptualmente correcto, pues considera la empresa como un ente generador de flujos de fondos, y para obtener el valor de la empresa se calcula el valor actual de dichos fondos utilizando una tasa de descuento apropiada, de acuerdo con el riesgo y las volatilidades históricas. Debe advertirse que en la práctica la tasa de descuento mínimo la determinan los interesados, compradores o vendedores. El valor de una empresa es función de la habilidad de esta misma para generar cash flow (1).
Con relación a los métodos basados en la cuenta de resultados, llamados también valoración por múltiplos, la ventaja más importante es la rapidez con la cual se realizan y que permite establecer relaciones entre las empresas de mismo sector, sin embargo, la gran desventaja es que no suelen guardar una gran relación con el valor real de la empresa.	A ventaja común a los métodos basados en los flujos de caja descontados (FCD) es que son métodos de valoración sofisticados, que toman en consideración variables clave de los negocios tales como los flujos de caja, el crecimiento y el riesgo. Además, el FCD estima el valor intrínseco que no es afectado por las variaciones relativas del mercado, consiguiendo de esta forma estimaciones más precisas en el largo plazo. Respecto a las desventajas, una de ellas es que siendo un método sofisticado se deben realizar demasiados supuestos con el fin de obtener una valoración precisa, lo que incrementa la incertidumbre. (1)
	Este método de valoración de empresas, es normalmente el que cuenta con mayor aceptación en la práctica financiera moderna. Si bien el método que se debe utilizar en cada caso depende de diversas circunstancias, en la práctica financiera a nivel internacional se ha encontrado que por lo general el método que goza de mayor aceptación para la valoración de empresas es el de Valor Presente del Flujo de Caja Libre, Supersociedades, Circular externa 220-001067-2006

Conforme al examen de los documentos académicos consultados, además de los obrantes en este proceso, para esta instancia, la metodología del FCLD, es el de mayor aceptación por los expertos en finanzas; además es el recomendado por la Superintendencia de Sociedades.

En el caso concreto, no es válida la conclusión de que los valores arrojados por el método de múltiplos (aplicada por el Equipo Auditor) es suficiente o tiene eficacia probatoria²¹ para dar por existente un detrimento patrimonial a EPM, por arrojar un valor menor al de FCLD aplicado por la banca de inversión. Ello por cuanto 1) Es inaceptable en finanzas considerar que existe un sólo método correcto, único, infalible, 2) Llevaría a concluir que las variables utilizadas por EPM en el FCL son inexactas, erradas o falsas, pese a no existir ninguna demostración en contrario.

II). LAS POLÍTICAS DE EPM PARA LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS

Tal como lo resaltó la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, debe considerarse que la Junta Directiva de EPM mediante Decreto 1571 del 7 de marzo de 2006²², reglamentó la política general de inversiones y dispuso que el método

²¹ Precio o valor que le asigna el operador jurídico en relación al grado de convicción que permita generar certeza sobre la ocurrencia del hecho a probar.

²² Véase folio 947 Medio magnético: Resolución Decreto 1571 del 7 de marzo de 2006 de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín S.A.

aplicable para la valoración de proyectos de inversión sería el **Flujo de Caja Libre Descontado**.

Dichas políticas establecen:

"2.4.1 INICIATIVAS CLAVES – PROYECTOS DE INVERSIÓN (FACTIBILIDAD, PRIORIZACIÓN Y PLANES DE INVERSIÓN)

Este modelo de evaluación financiera de proyectos Modelo de Evaluación Financiera de Proyectos – MEP-, es una herramienta para la evaluación de alternativas de inversión caracterizada por construir sus estados financieros y aplicar las metodologías de valoración de inversiones por flujo de caja libre descontado y valor económico agregado. SNFT.

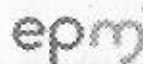
El modelo MEP se definió como la metodología estándar para el manejo interno de proyectos de inversión, buscando normalizar el formato de las evaluaciones financieras de los proyectos.

Con arreglo a lo anterior, el método de valoración aplicado para la **adquisición** de ADASA debía ser aplicado, para todas las **adquisiciones de empresas** en marcha, es decir no era discrecional, pues la Junta Directiva de EPM, en ejercicio de sus competencias acogió la metodología como es el FCLD. En nuestro concepto la controversia en torno al modelo aplicado por EPM, debió centrarse en los supuestos o variables consideradas en el modelo financiero.

Por tanto, partiendo de las reglas de la lógica, no es aceptable cuestionar los resultados de la valoración del FCLD, a partir de una supuesta subjetividad de la tasa de descuento, sin demostrar su error, inconsistencia o desproporcionalidad²³.

De igual manera EPM ha aplicado el FCLD en la adquisición de otras empresas, lo cual es un indicio de que no improvisó o utilizó de manera subjetiva un método particular para la adquisición de ADASA. En otras palabras ha sido consistente con sus políticas de adquisición de activos, tal como se ilustra a continuación:

²³ Esta es la típica falacia de petición de principio que consiste en dar por probado lo que se debe demostrar.



Los suscritos VICEPRESIDENTE DE CRECIMIENTO y
GERENTE DE PLANEACIÓN FINANCIERA
de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

CERTIFICA


Que en las adquisiciones de empresas en marcha, realizadas por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM), se ha aplicado la metodología de valoración de inversiones por flujo de caja libre descontada para su evaluación financiera.

Esta metodología se aplicó en los procesos de adquisición de las siguientes empresas:

Empresa	País	Año de adquisición
Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P. - EDEQ	Colombia	2003
Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. - CHEC	Colombia	2003
Electricidad de Santander S.A. E.S.P. - ESSA	Colombia	2009
Centrales Eléctricas del Norte de Santander S.A. E.S.P. - CENS	Colombia	2009
Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.	Colombia	2013
Distribución Eléctrica Centroamericana Dos (II) S.A. - DECA II (*)	Guatemala	2010
Gestión de Empresas Eléctricas S.A. - GESA	Guatemala	2010
Distribuidora de Electricidad del Sur S.A. - DELSUR	El Salvador	2011
Elektra Noroeste S.A. - ENOSA	Panamá	2011
Tecnología Intercontinental S.A. - TICSA	México	2013
Agua de Antofagasta - ADASA	Chile	2015

(*) DECA II se consolidó las compañías EESSA, COMEGSA, TRELCO, IDEAMSA, ENERGIKA CREDIEGSA y AMESA.

La presente certificación se expide el 7 de noviembre de 2019 en atención al numeral 9 del requerimiento de información con radicado 20190004819 del 28 de octubre, enviado por la Contraloría General de Medellín y radicado en EPM el 29 de octubre de 2019 con el número 20190120254281.


ALEJANDRO JOSÉ JARAMILLO A.
Vicepresidente de Crecimiento


JUAN CARLOS CASTRO P.
Gerente de Planeación Financiera

Para esta instancia, las operaciones jurídicas, y económicas realizadas por los presuntos responsables, se enmarcaron en los mandatos contenidos en la política de inversión de la empresa, y cuyos lineamientos eran de obligatorio cumplimiento so pena de comprometer su responsabilidad, al tenor del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, según el cual son deberes de todo servidor público, "1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en (...) los estatutos de la entidad, los **reglamentos** y los **manuales de funciones**, las **decisiones judiciales y disciplinarias**, las **convenciones colectivas**, los **contratos de trabajo** y las **órdenes superiores** emitidas por funcionario competente". SNFT.

Entonces surge la pregunta: ¿Cuál de las dos metodologías era la que debía aplicarse para el cumplimiento del mandato prescrito en la norma anterior? La respuesta es: el FCLD, según los análisis precedentes.

Ahora bien, si las adquisiciones de empresas por parte de EPM, debían aplicar la metodología de valoración de inversiones por el método del FCLD, y ello fue lo realizado por los investigados, no es procedente invocar otra metodología para cuestionar la valoración realizada para la compra del cien por ciento de las acciones de Aguas de Antofagasta, y de esa manera determinar un supuesto daño patrimonial, pues se debieron cuestionar, observar y objetar las variables y los supuestos considerados por EPM, pero ello no se hizo.

III. EL CASO CONCRETO. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Es pertinente señalar que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 5 y 53 de la Ley 610 de 2000. Los elementos esenciales para poder responsabilizar fiscalmente son: La 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.

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños reales o ciertos ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en grado de certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público conforme a las previsiones de la Corte Constitucional²⁴ y la Ley.

Para soportar la decisión tomada en este proceso, esta instancia procedió a examinar **1) Los elementos de la responsabilidad fiscal, y, 2) La operancia de alguna causal de archivo prescrita en la Ley 610 de 2000 todo con base en las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas al proceso, y valoradas conforme al artículo 26 de la ley precitada.**

²⁴ Sentencias SU 620 de 1996 y C-840-2001

1. DAÑO PATRIMONIAL

De los tres elementos estructurales de la responsabilidad fiscal, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, si no hay daño real y cierto no puede existir responsabilidad fiscal, conforme al artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Compartimos la caracterización del daño patrimonial que hace el apoderado Uriel Amaya Olaya, según la cual, del artículo 6 de la Ley 610 de 2000 se deduce que el daño debe reunir unos requisitos para su configuración: 1. Concreción (realización) 2. Objetivo (recaer sobre el patrimonio público) 3. Tipicidad (menoscabo, perjuicio etc.) 4. Antijuridicidad²⁵ (violatoria de los principios de la gestión fiscal). A su vez las pruebas incorporadas al proceso deben demostrar: a. Existencia fáctica b. Existencia jurídica o antijuridicidad. Folio 990.

Cuando se configure una lesión del patrimonio público, por reunir los requisitos anteriores, el daño deberá ser resarcido por las personas que en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, hayan causado o contribuido a la generación del daño. Por el contrario, si el mismo no se afecta con sus actuaciones, no habrá lugar a declarar la responsabilidad fiscal y lo que procede es el archivo del proceso.

Sobre este tema, el Consejo de Estado expresó en sentencia del 15 de septiembre de 2016 Rad. 25000-23-41-000-2013-02564-01:

*"cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000, por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurran estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño(...) en armonía con lo anterior, **debe decirse que el carácter resarcitorio de la***

²⁵ También debe considerarse que la entidad pública no esté obligada a soportar el daño. Por ejemplo subsidios, incapacidades por enfermedad general, mandalo legal.

responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado" (NFT)

En igual sentido el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, indicó:

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

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

La certeza en el daño, es entonces uno de los elementos cardinales para que se puede preciar la responsabilidad de un sujeto de control determinado, así lo ha reiterado la jurisprudencia contenciosa del máximo órgano de cierre, al indicar entre otras²⁶:

*" (...) la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es doble la imputación de responsabilidad fiscal. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante **destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal sólo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo".** (NFT).*

Para esta instancia no está acreditada la existencia del daño patrimonial a EPM, no existe certeza del mismo. No obstante, si en gracia de discusión se admitiera que el valor arrojado por el método de múltiplos es correcto, también lo sería el de FCLD, pues tampoco se ha demostrado lo contrario. Adicionalmente no existiría certeza del daño ante dos valoraciones que difieren en sus resultados finales.

²⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera-MP: María Elizabeth García González, septiembre 15 de 2016

Las pruebas que reposan en el expediente llevan a la conclusión de que el valor de la ADASA arrojado por la metodología del FCLD fue razonable y aceptable para efectos de la adquisición por parte de EPM.

Este Despacho no puede ignorar las siguientes afirmaciones del citado profesor Villarreal N. contenidas en en dicho medio probatorio (informe técnico), y que guardan concordancia con los demás elementos de prueba que obran en el expediente, los cuales resultan vitales para demostrar la inexistencia del daño patrimonial.

- Los flujos FCLD se fundamentan en función de los flujos de caja futuro que genere la empresa, los cuales se descuentan a una tasa estimada en función del riesgo asumido. (Folio 594).
- La aplicación del método de FCLD exige una "debida diligencia" detallada del país, industria, mercado, compañía que se va a valorar. Su objetivo es encontrar el valor de un activo o empresa. (Folio 596).
- Las metodologías de MÚLTIPLOS se utilizan como un complemento a la del FCLD para referenciar el valor.
- La metodología utilizada o soporte para la adquisición de ADASA fue adecuada para la transacción. El pago realizado por EPM es un valor competitivo y adecuado en un proceso de múltiples oferentes, pues considera los flujos de caja esperados. (Folio 615).
- El ejercicio de valoración no significa que hay un precio único o correcto, el valor depende de la capacidad de generar flujos de caja, lo que a su vez dependerá de la gestión del dueño. Por ello la valoración se basa en un valor relativo, no absoluto, ni exacto o único o correcto. (Folio 616).
- (...) "Los múltiplos escogidos por la Contraloría para el cálculo del valor que debió haber sido pagado por EPM no permiten llegar a la conclusión de que el precio pagado está por encima del promedio." South Andes Capital construyó una serie de múltiplos como referencia inicial previa a la adquisición de ADASA. (Folio 616).
- Las consideraciones escogidas por la CGM respecto a los múltiplos Ebitda, "es un ejercicio que no es razonable desde el punto de vista de la academia y la práctica financiera ya que la metodología no es la correspondiente para una transacción como la que se presentó asociada a la ADASA". (...) la canasta de empresas utilizadas por el ejercicio de la Contraloría no cumple en absoluto con la característica más importante de los ejercicios de referenciamiento de valor por múltiplos que es el supuesto de la comparabilidad..." (Folio 620).

- El ejercicio realizado por la CGM no es adecuada ni razonable, pues se centra en una metodología meramente referencial como es la de valorización por múltiplos, utilizando el múltiplo EBITDA y el múltiplo valor pagado por cliente, y no contempla las características propias del negocio como sí lo hace el FCLD. (Folio 625).
- Los argumentos expuestos por la CGM en la valorización por múltiplos algunos son erróneos, conceptualmente hablando y carecen de sustento teórico. Por ejemplo comparar adquisiciones de empresas en tiempos diferentes. (Folio 626).

En la versión libre, Víctor Rodrigo Vélez Marulanda, expresa que existen múltiples errores del equipo auditor, que son verificables a través de cifras, de los cuales se destacan:

- El Equipo Auditor incurre en una mala práctica al rechazar el FCLD en la valoración de ADASA, y tomó el promedio de dos múltiplos de la Holding Aguas Nuevas de manera caprichosa y arbitraria. Las tres empresas de Aguas Nuevas son totalmente distintas a ADASA 27. (Folio 430).
- Es inadecuado valorar a ADASA con el múltiplo "Valor empresa/# usuarios, ya que esta tiene clientes en el mercado no regulado.
- El Equipo Auditor se contradice pues dice que la valoración de ADASA requiere de la debida diligencia, y debió hacerse por él método de múltiplos. El problema es que ese método no requiere de debida diligencia ni la participación de expertos, pues es una metodología simple, rápida, imprecisa, y a su vez irresponsable, y negligente. (Folio 435).
- La banca de inversión South Andes Capital (asesora para la debida diligencia financiera) recomendó a EPM valorar a ADASA con la metodología del FCLD, ya que es la única metodología que permite considerar correctamente las particularidades de la empresa y de su operación futura. Además es una metodología utilizada universalmente. Utilizar los múltiplos para valorar a ADASA no es razonable ni responsable. (Folio 437, 440, 456).

El Dr. Ricardo Hoyos Duque, apoderado, con base en el artículo 219 del CPACA aportó un dictamen del profesor Patricio del Sol²⁸ y argumenta que el Equipo Auditor *"incumple radicalmente el principio de economía de la transacción al preferir un método de valorización (sic) por múltiplos sin respaldo metodológico usando fuentes*

²⁷ CGM valor ADASA 10.1 Ebitda; EPM 13 veces.

²⁸ PhD Stanford University. Profesor de la Universidad Católica de Chile. Dictamen aportado en los términos del art. 219 del CPACA por remisión del art. 66 de la Ley 610 de 2000.

no verificables, a la valorización (sic) de ADASA usando el FCL bien hecha, solidamente respaldada en conocimientos financieros y de la industria (...)", realizada con un correcto proceso de debida diligencia". (Folio 634, 636).

Algunas de las afirmaciones del profesor Patricio del Sol en el dictamen son las siguientes:

- El Equipo Auditor incurre en una mala práctica al rechazar el FCLD, sólo porque tiene asociado un múltiplo de 13 mayor que 10.1 (EV/Ebitda) que es un promedio de la empresa Aguas Nuevas, que no es comparable con ADASA. (Folio 647).
- Si los negocios son distintos o la información no es confiable, el método de múltiplos es mucho más arbitrario, subjetivo y manipulable que el FCL. (Folio 653).
- El Equipo Auditor cuestiona incorrectamente la tasa de descuento utilizada, al plantear que los flujos de caja se descontaron al WACC (Costo promedio de capital), cuando lo correcto era descontar a la tasa Ke (costo de patrimonio). Por tanto EPM descontó correctamente los flujos de caja (dividendos), por incluir deuda. (Folios 653, 654).
- El Equipo Auditor realizó un informe y testimonio repletos de inconsistencias, errores conceptuales y técnicos. (Folio 657).
- El Equipo de Auditoría se contradice al afirmar que valorar incluye la debida diligencia, cuando el método de múltiplos no requiere de la misma. Tampoco sustenta la crítica al método de FCLD aplicado por EPM.
- No es cierto que el método de múltiplos Ebitda sea el más usado mundialmente, y aborda temas de evaluación ex post que no son el foco del hallazgo. (Folio 657).
- El Equipo de Auditoría toma erradamente como referencia una tabla de múltiplos de transacciones no comparable, construida con información no verificable. Además elige una muestra de dos (2) transacciones de una misma empresa.
- El Equipo Auditor afirma falsamente que EPM no tuvo en cuenta el uso de múltiplos. Cuestiona erróneamente la tasa de descuento utilizada en el FCLD por EPM. Que así mismo se equivoca al cuestionar el precio pagado.

Esta Instancia de Consulta, observa que las conclusiones de este dictamen aportado al proceso no fue objetado en los términos del artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual preceptúa que la objeción tiene por objeto solicitar las aclaraciones y adiciones, mediante: 1) otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen; 2). solicitando la declaración de

testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia.

Igualmente, el Consejo de Estado²⁹ en sentencia del año 2007 se refirió a la discrecionalidad en los casos de cuestiones técnicas complejas en estos términos:

"De hecho, en muchos supuestos, la aplicación de conocimientos científicos o propios de un arte o un oficio especializados no da lugar a dudas en cuanto al sentido en el cual debe proferirse una decisión para que pueda considerarse ajustada a derecho.

Pero en aquellas que la doctrina ha denominado "cuestiones técnicas complejas", en las cuales no existe univocidad de respuesta o de criterio aportado por la ciencia, el arte o el conocimiento técnico aplicable, surgen esos márgenes de apreciación para el operador jurídico, el cual deberá elegir, entre una pluralidad de alternativas, aquella que de mejor manera sirva al interés general, con base en criterios objetivos y razonables de decisión, que son, como la Sala lo ha expresado ya, aquellos en los cuales ha de traducirse el ejercicio de una facultad discrecional". SNFT.

En consecuencia, según la evidencia, el ejercicio de valoración realizado por EPM para la adquisición de ADASA está acorde con las prácticas generalmente aceptadas o estándar de valoración de empresas. No se encuentra probado que exista una sobrevaloración de ADASA que haya conducido al pago de un mayor valor, es decir a un sobreprecio, que haya generado un detrimento patrimonial. Además el informe de valoración de EPM no fue cuestionado, ni objetado en el proceso, pues la discusión se dio sobre la validez de la metodología utilizada.

De acuerdo con el FCLD, el **valor máximo** de la **valoración fue de USD 1.115 millones**, el precio de la negociación de Aguas de Antofagasta fue de USD 965 millones, pero luego de un ajuste del precio **se transó y pagó la suma de USD 955.8 millones**. Por tanto ADASA se adquirió por un menor valor al arrojado por la valoración y al autorizado por La Junta Directiva EPM.

La Superintendencia de Sociedades en Circular 220-000007 no avala la metodología de los múltiplos para los casos de fusión y escisión, sino el FCLD, de lo cual se concluye que la adquisición de Aguas de Antofagasta se hizo teniendo en cuenta criterios técnicos aceptados legalmente en Colombia.

²⁹ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) Actor: SOCIEDAD MINERA PELAEZ HERMANOS & CIA. Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y OTRO

En este proceso no se encuentra probado que EPM haya pagado un valor no soportado, justificado o de manera irrazonable. En el expediente obran todas las cifras, soportes, argumentos y justificaciones de tipo técnico y financiero. Es de observar que en materia de valoración de empresas no existe un valor "correcto" o "único" para una empresa en particular, como ocurre en el mercado con los bienes y servicios de uso común, y por ello se habla de **precio**. Para un negocio que genera flujos de caja su valor depende de la capacidad para generarlos.

Las anteriores reflexiones, son suficientes para confirmar el auto consultado, pues este despacho considera que en la adquisición por parte de EPM de Aguas de Antofagasta, **no existió daño patrimonial** para Empresas Públicas de Medellín, conclusión que fue soportada a través los distintos informes técnicos incorporados como prueba en este proceso como se explica a continuación.

2. LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

La conducta a partir de la cual debe analizarse la responsabilidad fiscal, se establece como 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, despliegue gestión fiscal en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere o contribuya en la causación de un daño 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 actuar³⁰.

³⁰ Ley 678 de 2001: * Artículo 6°. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

La culpa grave se enerva o destruye probando la diligencia, cuidado, experticia, prudencia, o el cumplimiento de un deber legal³¹.

El Consejo de Estado, ha expresado³²:

" (...) , la determinación de una responsabilidad subjetiva , en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en la conducta". SNFT.

Así las cosas, esta instancia plantea el siguiente interrogante: ¿ Actuaron con culpa grave los presuntos responsables fiscales, cuando procedieron a valorar a ADASA siguiendo la metodología del FCLD y realizaron la oferta de adquisición y pago con base en los resultados de las misma?. La respuesta es negativa como veremos a continuación.

Está demostrado en este proceso, que los investigados realizaron los siguientes actividades de "debida diligencia": Financiera, Técnica y Regulatoria, Legal, Tributaria, Contable, reputacional, y análisis de riesgos. Para la realización de estas actividades se contrataron cinco (5) firmas y dos (2) debidas diligencias internas, todo ello es demostrativo de diligencia y cuidado .

La debida diligencia es un término que hace referencia a la actuación de acuerdo con un cierto estándar de cuidado. A nivel jurídico, las normas exigen diversos estándares de comportamiento y diligencia. Por ejemplo, el Código Civil consagra en su artículo 63 que la ausencia de diligencia y cuidado empleada en los negocios propios genera responsabilidad civil³³.

En el mundo de los negocios la debida diligencia es un concepto jurídico que se refiere al cuidado razonable que debe tener una persona o administrador antes de entrar en un acuerdo comercial. Si los dueños o el Estado se ven perjudicados por la falta de debida diligencia razonable entonces podrían demandarle por daños y perjuicios como resultado del incumplimiento de la debida diligencia. Por lo tanto, una obligación de

³¹ Pantoja bravo, Jorge. Derecho de daños tomo II.Ed. Ieyer. 2016. Lo elementos de la responsabilidad civil son: conducta, antijuricidad, daño y nexa causal. Pág. 430

³² Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 25.694.

³³ "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

diligencia debida, impone a sus agentes averiguar todo lo que sea importante conocer acerca de la posible transacción.

En el caso concreto resulta claro que los investigados actuaron con la debida diligencia que imponía la complejidad del negocio jurídico. La aplicación del método de FCLD exigía varias "debida diligencia" las cuales fueron realizadas en el ejercicio de valoración por la empresas contratadas con el fin de encontrar el valor de oferta razonable para ADASA. Entonces si hubo diligencia, no puede afirmarse que exista negligencia de tal suerte que se configure culpa grave.

No se advierte en el expediente la existencia de una conducta imprudente, negligente o con falta de experticia en grado sumo (lata) de tal manera que pueda calificarse se gravemente culposa, en los presuntos responsables fiscales; pues su actuar no desconoció ni el marco jurídico, ni las reglas de la ciencia económica y financiera, como tampoco sus deberes funcionales.

El Consejo de Estado³⁴ ha sostenido que existe culpa grave cuando se presenta una "inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona común le imprime a sus actuaciones" o cuando se omite "la diligencia media acostumbrada en una esfera especial de actividad propia de la función pública." El cuidado necesario que cualquier persona del común debe entenderse a partir de la condición como servidor público tiene en sus actuaciones; la diligencia en el deber no solo acostumbrado sino exigido por las normas técnicas o políticas de la entidad.

La misma Corporación³⁵ ha expresado en torno a la culpa grave que la aplicación del artículo 63 por el operador jurídico al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, "no debe limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que de estos conceptos trae el Código Civil sino que deberá además, para efectos del análisis de la culpa del funcionario, **tener en cuenta las funciones que le han sido señaladas en los reglamentos o manuales de funciones**".

En el caso concreto y considerando que la valoración se hizo acatando las políticas de EPM en materia de valoración, no puede predicarse culpa grave de los investigados, y al contrario su omisión o incumplimiento hubiere dado lugar a una falta disciplinaria al tenor de los artículos 23 (La falta disciplinaria) y 34 (deberes) de la Ley 734 de 2002.

³⁴ Sentencia del 31 de octubre de 2019. CP William Hernandez. Exp. 66001233300020140025401(1249-2017)

³⁵ SECCIÓN TERCERA Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil seis (2006). MAGISTRADO PONENTE: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Referencia: Expediente Número 31975. Radicación No.: 25000 2326 000 2000 01875 01.

En los casos de cuestiones técnicas complejas, en las cuales no existe univocidad de respuesta o de criterio aportado por la ciencia, el arte o el conocimiento técnico aplicable, la administración tiene discrecionalidad o márgenes amplios de apreciación para elegir, entre una pluralidad de alternativas la que mejor consulte el interés público. Partiendo de esa premisa, no es viable que el ente de control cuestione la decisión del sujeto de control, salvo prueba irrefutable de un daño patrimonial y demás elementos de responsabilidad fiscal.

Así las cosas y en una sana sindéresis para el Despacho, resulta evidente como bien lo aseveró el a- quo, que no existió culpa grave en la conducta de los investigados, y por tanto no se reúne otro de los requisitos para imputar responsabilidad fiscal, por lo que procede el archivo del proceso.

3. 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.

El nexo causal entre el daño y la culpa, implica que el daño o perjuicio, tiene que ser inequívocamente el resultado de la culpa del autor, o lo que es igual, entre ambos elementos debe existir una relación determinante y condicionada de causa-efecto, de manera que el daño será el resultado de una conducta activa u omisiva.

Por nexo causal se entiende el vínculo entre el daño real y cierto y la conducta antijurídica; es decir, es la conexión lógica que lleva a deducir que el detrimento sufrido es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella. En el caso concreto dada la inexistencia de daño no es procedente examinar este elemento de la responsabilidad fiscal.

IV) LA PROCEDENCIA DEL AUTO DE ARCHIVO

Conforme al artículo 46 de la Ley 610 de 2000, vencidos los términos de la investigación "se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso". (SNFT).

Asimismo, el artículo 48 de la misma ley establece que para proferir auto de imputación es menester "La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado".

Por tanto, el operador jurídico una vez vencidos los términos de la investigación tiene dos alternativas: 1) dictar auto de imputación o; 2) archivar el proceso dependiendo de los medios probatorios que comprometan o no la responsabilidad fiscal de los implicados.

Por su parte el artículo 47 de la ley precitada preceptúa que procederá el archivo del proceso si se dan las siguientes causales:

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 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. SNFT.

En el caso sub-examine esta instancia de consulta observó que dentro del proceso de responsabilidad fiscal radicado 013 de 2017, no aparece demostrado el daño patrimonial al Estado en grado certeza, y por el contrario existen pruebas suficientes para archivar el proceso por las causales señaladas en la ley.

V. CONCLUSIÓN

Según la teoría sobre la valoración de la prueba³⁶, una hipótesis (ejemplo los resultados de la metodología Flujo Caja Libre Descontado) puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas que obran en el proceso, y además éstas la hacen más probable que otra hipótesis (resultados método múltiples). Los requisitos son tres: confirmación, no refutación y mayor probabilidad.

Examinados y aplicados los conceptos técnicos, así como las explicaciones dadas por los sujetos procesales, encuentra el Despacho que la hipótesis del valor de la ADASA deducido del método del FCLD ofrece mayor grado de credibilidad, razonabilidad, probabilidad de acierto y consistencia. Además no se encontró una sola afirmación o hecho expuesto por EPM que haya sido desvirtuado o refutado en el proceso. Por ello no existen razones jurídicas para edificar un reproche de responsabilidad fiscal, conforme al artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

Por todo lo expresado, sin mayores consideraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el 47 de la Ley 610 de 2000, dado que no existió un daño patrimonial para Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y en consecuencia esta

³⁶ Marina Gascon Abellán. Prueba y verdad en el derecho. México, 2004

superioridad jerárquica **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto N° 375 de 2020**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 013 de 2017**.

VI. LA DECISIÓN

Sin más por considerar, y en mérito de lo expuesto, el Despacho de 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 375 del catorce (14) de diciembre del año dos mil veinte (2020), por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 013-2017, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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 TERCERO: 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

Revisó: María I. Morales -Jefe O. A. Jurídica
Proyectó: Sigfredo Chavarriga S. – Profesional Universitario 2

<p>Código: F-GE-GJ-009 Versión: 02</p>	<p>AUTO 002 NOTIFICACIÓN POR ESTADO Radicado 013 DE 2017</p>	 <p>Contraloría General de Medellín <small>Control eficiente, ciudad sostenible</small></p>
--	---	---

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO

Acto Administrativo a notificar: Auto N° 002 del 13 de enero de 2021, por medio del cual se resuelve un grado de consulta en el Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado N° 013 de 2017.

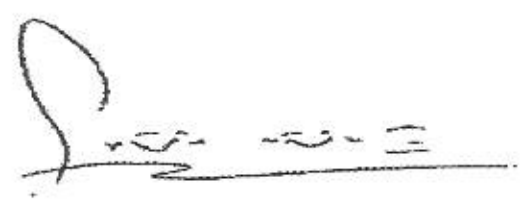
Fundamento de la Notificación por Estado, Artículo 106 Ley 1474 de 2011.

Sujetos Procesales: JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, Gerente General, GABRIEL JAIME BETANCOURT MESA, Vicepresidente Ejecutivo de Estrategia y Crecimiento, JORGE ANDRÉS TABARES ANGEL, Vicepresidente Finanzas Corporativas, Gestión Riesgos e Inversión, VICTOR RODRIGO VÉLEZ MARULANDA, Gerente Crecimiento Aguas y Saneamiento, ANIBAL GAVIRIA CORREA, Presidente Junta Directiva, ALBERTO ARROYAVE LEMA, Vocal de Control Junta Directiva, LUIS FERNANDO ARBELAEZ SIERRA, Vocal Junta Directiva, ANDRÉS BERNAL CORREA, Vocal Junta Directiva, RUBEN HERNANDO FERNANDEZ ANDRADE, Vocal Junta Directiva y GABRIEL RICARDO MAYA MAYA, Vocal de Control Junta Directiva

Entidad Afectada: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. NIT. 890.904.996-1.

Recursos: Contra el Auto N° 002 de 2021, no procede recurso alguno.

Fecha y Hora de Fijación: 8:00 AM del 14 de enero de 2021-Pagina:
<http://www.cgm.gov.co/cgm/Paginaweb/NC/Paginas/Fallos-de-responsabilidad-fiscal.aspx>



FIRMA: _____
NOMBRE: LILIANA MARÍA ÁLVAREZ GÓMEZ (Notificadora)
CARGO: Profesional Universitaria 2

Fecha de Desfijación: 5:00 PM del 14 de enero de 2021

Código: F-GE-GJ-009
Versión: 02

AUTO 002
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
Radicado 013 DE 2017



FIRMA: _____
NOMBRE: LILIANA MARÍA ÁLVAREZ GÓMEZ (Notificadora)
CARGO: Profesional Universitaria 2

Una vez desfijado el Estado, el Auto N° 002 de 2021, se entenderá debidamente notificado.



ACTA DE EJECUTORIA

Medellín, 18 de enero de 2021

Referencia: Proceso N° 013 de 2017

Agotados los términos de notificación y decidido el grado de consulta del Auto N° 375 del 14 de diciembre de 2020, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 013 de 2017, este queda debidamente ejecutoriado, conforme a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000.

LILIANA MARÍA ÁLVAREZ GÓMEZ
Profesional Universitario

