

DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Auto No. 1600.20.10.25.135
Mayo 22 de 2025

POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1384

ENTIDAD AFECTADA:	EMPRESA MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
PRESUNTOS RESPONSABLES:	<p>ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO Cédula: 31.471.205 Cargo: Gerente Unidad de Negocio de Energía Fecha posesión o firma de contrato: 15 de enero de 2016.</p> <p>EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ Cedula N*: 16.665.753 Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha de posesión o firma de contrato: 16 de enero de 2016.</p> <p>LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO Cédula: 94.308.346 Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016.</p> <p>ADOLFO LEON APONTE GARCIA Cédula: 16.614.411 Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha posesión o firma de contrato: Entre el 12 de abril y el 3 de mayo de 2018.</p> <p>ANA MARIA BENJUMEA GIL Cédula: 66.758.919 Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018.</p>
GARANTE	ALLIANZ SEGUROS S.A., con NIT No. 860.026.182-5 860.524.654-6, Póliza de Manejo No. 22753049, con vigencia: desde el 21/09/2020 al 20/09/2021, y LA PREVISORA S.A. con NIT No. 860.002.400-2, Póliza Responsabilidad Civil No. 1016808, con vigencia: desde 13/12/2019 hasta 13/12/2020, por la suma DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612.).
CUANTIA DEL DAÑO:	DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612.).

I. COMPETENCIA

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, es competente para proferir el presente Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, de conformidad con lo establecido en los Artículos 268 numeral 5 en armonía con el 272 , 267de la Constitución Política, en especial el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, y el Acuerdo Municipal No. 0160 del 02 agosto de 2005, en mérito de lo anterior, la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de esta Contraloría, actuando dentro del ámbito de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, y conforme al principios de legalidad procesal profiere el presente Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal dentro del expediente de la referencia, motivación se sustenta en los siguientes:

II. ANTECEDENTES

La Dirección Técnica ante EMCALI EICE ESP de la Contraloría General de Santiago de Cali, en cumplimiento de su función Constitucional y Legal adelantó la *"AGEI ESPECIAL EVALUAR LA GESTIÓN FISCAL DE EMCALI EICE ESP EN EL CONTROL DE PÉRDIDAS COMERCIALES DE ENERGÍA DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN LOCAL (SDL), VIGENCIA 2016-2018"*, con un presunto detrimento por valor de DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612)." Auditoria que inició el 29 de julio de 2019 y finalizó el 24 de septiembre de 2019.

El Doctor DIEGO MAURICIO LOPEZ VALENCIA, Contralor General de Santiago de Cali, mediante oficio Número 0100.08.01.19.411 de Octubre 18 de 2019, recibido el 22 de octubre de 2019, en la Secretaría de la Dirección, remite formato de traslado de Hallazgo Fiscal en cuatro (4) folios y un (1) C.D, elaborado por la Dirección Técnica ante EMCALI E.I.C.E. E.S.P. correspondiente al Hallazgo Fiscal No. 04 del informe denominado *"AGEI ESPECIAL EVALUAR LA GESTION FISCAL DE EMCALI EICE ESP EN EL CONTROL DE PERDIDAS COMERCIALES DE "ENERGIA DEL SISTEMA DE DISTRIBUCION LOCAL (SDL), VIGENCIA 2016-2018"*

En el Formato de Traslado de Hallazgos, se enuncia por la Dirección Técnica ante EMCALI EICE ESP como **hecho presuntamente irregular**:

"En el proceso de control de energía a los transformadores en el periodo 2016- 2018, se evidencia que el transformador codificado con el número No P12347, con el cual EMCALI atiende tres (3) clientes industriales y que, según base de datos por transformador, es el de mayor pérdida en kilovatios durante treinta y seis (36) meses consecutivos".

Cita la comisión auditora como **normas presuntamente violadas**:

*"Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.
Números 2 y 5 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002.
El artículo 6 de la Ley 610 de 2000"*.

Se señala como Presunto detrimento:

El presunto daño patrimonial determinado en el informe del Equipo Auditor es de *DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612).*

CAUSAS Se argumenta en el informe de auditoría que:

"por falta de gestión para implementar medidas que permitan mitigar la defraudación, sean estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitan dar continuidad al control.

Efecto: *Como se afecta la entidad la comunidad, o la ciudad en general con la condición detectada por la contraloría.*

La pérdida de fluido eléctrico significa que los suscriptores de EMCALI EIICE deban asumir parte del costo y la empresa castigar por medio del gasto la pérdida no reconocido en formula tarifaria".

Como presuntos responsables

Nombre: ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO

Cedula N°. 31.471.205

Cargo: Gerente Unidad de Negocio de Energía

Fecha posesión o firma de contrato: 15 de enero de 2016.

Dirección Oficina: Avenida 2 Norte. No. 7 N-45 Edificio Boulevard del Rio.

Dirección Residencia: Calle 12 A Oeste No. 2 A50 Apto 503.

Teléfono Oficina: 8997002

Teléfono Residencia: 3060040 - 8920258

Nombre: EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ

Cedula N*: 16.665.753

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha de posesión o firma de contrato:

Dirección Oficina: 80 + 18-121

Dirección Residencia: Carrera 85 B + 14-10 Apto 402

Teléfono Oficina: 8997340

Teléfono Residencia: 3336436

Nombre: LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO

Cedula N°. 94.308.346

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha de posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016.

Dirección Oficina: Carrera 80 # 18 - 121

Residencia: Calle 44 B # 11 A 91

Teléfono Oficina: NA

Teléfono Residencia: 3834289

Nombre: ADOLFO LEON APONTE GARCIA

Cedula N°. 16.614.411

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha de posesión o firma de contrato: 2 de junio de 2017

Dirección Oficina: Carrera 80 # 18 - 121

Dirección Residencia: Carrera 24 # 52 - 58

Teléfono Oficina: 8997520

Teléfono de residencia: 4442291

Nombre: ANA MARIA BENJUMEA GIL

Cedula N°. 66.758.919

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha de posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018
Dirección Oficina: Carrera 80 # 18 - 121
Dirección de residencia: Calle 57 # 93 – 98 Casa 5.
Teléfono Oficina:
Teléfono Residencia:

El referido traslado contiene el siguiente material probatorio:

Pruebas documentales:

"Copia simple:
Papel de trabajo No.PT-4-CE-PGP-02
Acta Reunión de agosto 15 de 2019. y soportes (punto 7)
Base datos pérdida mensual por transformadores muestrados — enviada por email.
Bases de datos pérdidas transformadores periodo 2016- 2018".

Respuesta Observación No. 04 EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

La entidad, mediante Oficio presenta la respuesta a las observaciones. En este señala las razones por las cuales considera que el hallazgo No. 04 no es constitutivo de responsabilidad fiscal. Dice en punto de esto lo siguiente:

Primero: La cifra de pérdidas de energía no corresponde a la realidad toda vez que no es un transformador sino un conjunto de transformadores. Para tal anexa un cuadro de control de energía del transformador.

"(...)

Se aclara que en el análisis presentado por el equipo auditor en el cuadro N° 15 manifiestan que las pérdidas de energía del transformador N° P12347 correspondientes a 6.569.399 KW/h, pertenece a 3 clientes industriales atendidos por EMCALI, cifra que no corresponde a las pérdidas del transformador relacionado en el punto de conexión identificado en la base de datos Catastral, sino a un conjunto de transformadores.

Se anexa diagrama unifilar impreso desde el Sistema del catastro de usuarios de EMCALI, donde se evidencia la medición general y los transformadores asociados, energizados según proyecto DPE-3731-12:

Fig. 41 de 99

Cuadro No. 1 Control de Energía de transformador														
Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre	Promedio pérdida mensual Año	% Pérdida
2016	78.622	44.438	59.585	53.616	53.176	68.583	70.477	73.012	59.023	324.501	289.128	235.085	117.437	No Suministrado
2017	202.391	208.962	239.320	186.991	101.114	292.568	183.313	183.713	195.958	214.054	192.578	204.896	200.488	No Suministrado
2018	225.092	173.644	237.350	192.602	211.045	212.455	205.848	260.706	242.271	290.077	232.335	270.871	229.525	46,3%

"(...)"

Segundo: Señala que (a) se han realizado gestiones para encontrar irregularidades y (b) se tomaron acciones para que no tales cuestiones no se vuelvan a presentar.

En los clientes industriales referidos con número de contrato 218410, 219906 y 219406 se han realizado las siguientes gestiones:

• Revisiones.

CONTRATO	2017		2018		2019	
	ACTA	FECHA	ACTA	FECHA	ACTA	FECHA
218410	DMIO01422	30/05/2017	CMIO4546	15/02/2018	DAC003397	26/08/2019
	DMIO2092	21/09/2017	CMIO4707	09/03/2018	CAC005446	15/06/2019
	CMIO3580	12/10/2017	DMIO4057	16/03/2018	CAC005245	30/05/2019
	CMIO3806	12/11/2017	DMIO5552	21/03/2018	DAC004503	21/02/2019
			DMIO5557	22/03/2018	DMIO4291	20/02/2019
					DMIO4520	14/02/2019
219906	DMIO1717	30/03/2017	CMIO3581	30/05/2018	26/08/2019 DAC005827	26/08/2019
	DMIO1421	30/05/2017	DMIO5763	30/04/2018	16/07/2019 CMIO3327	DAC003827
	CMIO3581	12/10/2017	CAC002890	28/09/2018	19/06/2019 DAC007156	16/07/2019
	CMIO3327	12/11/2017	DMIO5437	01/10/2018		CMIO3327
	CMIO3335	15/11/2017	DAC005275	19/12/2018		19/06/2019
	DMIO3485	23/11/2017				DAC007156
219406	DMIO0509	28/01/2017	DMIO1622	15/01/2018	DAC005826	26/08/2019
	DMIO0500	17/02/2017			PM022226	23/08/2019
	DMIO1470	30/05/2017			CMIO4769	24/01/2019

Producto de estas revisiones se encontraron evidencias de irregularidades que dieron lugar a inicios de actuaciones administrativas.

• Actuaciones administrativas.

Dentro de las actuaciones surtidas, se garantizó el debido proceso, esto es, las comunicaciones expedidas en el curso del proceso fueron notificadas y debidamente recibidas por los usuarios dentro de los términos legales, los escritos presentados cumplieron con los presupuestos procesales y el trámite dado a estos se realizó de conformidad con lo principios constitucionales.

Tercero: se realiza un seguimiento permanente como parte de una política de prevención.

Adicionalmente Emcali continúa realizando un trabajo de seguimiento bajo un plan de acción que contiene las siguientes actividades:

- A. Revisión del 100% de los medidores de energía.
- B. Revisión del 100% de las acometidas.
- C. Revisión de los tableros de distribución.
- D. Levantamientos del censo de carga de todas bodegas existentes.
- E. Revisión y balances de las pérdidas de los transformadores circundantes al predio.
- F. Operativos nocturnos para la validación de la operación y actividad en las bodegas.
- G. Comparar cantidad de medidas versus cantidad de bodegas y acometidas.

ACTA DE ANÁLISIS DE LA RESPUESTA DADA POR LA ENTIDAD

De la revisión exhaustiva de la respuesta allegada por por EMCALI EICE ESP, en atención al traslado del hallazgo fiscal remitido con ocasión de la auditoría especial "Evaluar la Gestión Fiscal de EMCALI EICE ESP en el control de pérdidas comerciales de energía en el Sistema de Distribución Local (SDL), vigencia 2016-2018", se advierte que, si bien se efectuó un pronunciamiento por parte de la entidad auditada, dicha respuesta no desvirtúa el presunto daño fiscal identificado ni los elementos constitutivos del mismo.

En efecto, la entidad sostiene haber realizado gestiones administrativas tendientes al control de las pérdidas no técnicas de energía y aporta soportes documentales de operativos de inspección, balances energéticos y revisiones técnicas. No obstante, del análisis técnico y jurídico efectuado por esta Dirección, se concluye que tales acciones fueron insuficientes, tardías y no lograron materialmente la mitigación del detrimento, situación que resulta relevante para efectos de la imputación de responsabilidad fiscal.

Se observa que:

- **Respecto al daño fiscal:** la respuesta no controvierte de manera suficiente las cifras de pérdidas de energía verificadas por el equipo auditor, ni ofrece justificación técnica idónea que permita restarle certeza o antijuridicidad al daño establecido. Conforme al artículo 5° de la Ley 610 de 2000, el daño fiscal es real, cierto, cuantificable y antijurídico, condiciones que persisten pese a los alegatos de la entidad.
- **Sobre la imputación subjetiva:** si bien la entidad menciona esfuerzos de control, no acredita actuaciones diligentes, eficaces y oportunas de sus funcionarios para evitar el detrimento patrimonial, lo cual configura una presunta conducta dolosa o gravemente culposa, en los términos de los artículos 6 y 9 de la Ley 610 de 2000.
- **Sobre la eficacia de las medidas correctivas:** la gestión reportada por EMCALI EICE ESP fue posterior a la materialización de las pérdidas, y en ningún caso logró resarcir o impedir el daño fiscal ya consolidado, conforme se desprende de los registros documentales y técnicos revisados.
- **Aplicación de normas vigentes:** conforme al artículo 39 de la Ley 610 de 2000, la etapa de indagación preliminar y la posterior apertura del proceso de responsabilidad fiscal tienen como fin determinar la existencia del daño y la posible responsabilidad. La respuesta aportada no enerva el mérito de las pruebas recaudadas ni desvirtúa los presupuestos de procedibilidad exigidos por la ley.
- **Principios del debido proceso y contradicción:** la valoración de la respuesta de la entidad se ha realizado respetando los principios de contradicción, publicidad e imparcialidad previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 3 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, el acervo probatorio disponible mantiene su valor demostrativo respecto de la ocurrencia del daño fiscal, su cuantificación, su carácter antijurídico y la presunta responsabilidad subjetiva atribuible a los gestores fiscales vinculados, razón por la cual no se desvirtúa la necesidad de continuar el trámite procesal conforme a las etapas previstas en la ley.

En conclusión, no es la ausencia absoluta de acciones sino la falta de suficiencia y pertinencia lo que se reprocha de parte de la entidad. Una gestión fiscal eficaz habría evitado o, por lo menos hecho menos gravosa esta situación para el erario. No en vano la conclusión fue la siguiente:

"(...)

En consecuencia, la pérdida presentada entre enero de 2016 y diciembre de 2018 equivale a un total de 6.533.469 kw/h, que multiplicados por el costo global del kw/h, genera un presunto detrimento patrimonial en cuantía de \$ 2.120.125.612 y posible falta disciplinaria.

(...)"

III. FUNDAMENTOS DE HECHO.

En el Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, se enuncian como hechos presuntamente irregulares, aquellos que, según el análisis efectuado por el equipo auditor, podrían configurar una afectación a la gestión fiscal y comprometer la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos vinculados al caso concreto:

“En el proceso de control de energía a los transformadores en el periodo 2016- 2018, se evidencia que el transformador codificado con el número No P12347, con el cual EMCALI atiende tres (3) clientes industriales y que, según base de datos por transformador, es el de mayor pérdida en kilovatios durante treinta y seis (36) meses consecutivos”.

Se agrega en el informe de hallazgo No. 4 que, existe una omisión en el cumplimiento de sus deberes:

“En el periodo de tres (3) años EMCALI EICE ESP, no muestra una gestión efectiva que le permitiera disminuir el porcentaje de pérdidas y recuperar la misma, a pesar de haber efectuado ocho (8) revisiones en 2017 y seis (6) en 2018 y tener criterios de priorización para aquellos transformadores de mayores pérdidas”.

Señala que presuntamente se vulneran los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, y lo previsto en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

IV. ACTUACIONES PROCESALES

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, una vez valorado el acervo probatorio allegado en el marco del proceso auditor, y en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, procedió a dar inicio a la etapa de indagación preliminar mediante Auto No. 1600.20.05.19.123 del 26 de diciembre de 2019.

Mediante oficio del 17 de marzo de 2020, se informa que mediante Resolución No. 0100.24.02.20.190 del 16 de marzo de 2020, se dispuso la suspensión de términos de expedientes en proceso de notificación y en trámite de cualquier actuación administrativa en las subdirecciones de cobro coactivo, responsabilidad fiscal y sanciones, del 17 al 31 de marzo de 2020.

Mediante oficio del 30 de septiembre de 2020, se informa que mediante resolución No. 0100.24.02.20.453 del 14 de septiembre de 2020, se dispuso a levantar los términos de los expedientes en proceso de notificación y en trámite de cualquier actuación administrativa en la dirección de responsabilidad fiscal, frente a los procesos de cobro coactivo, de responsabilidad fiscal y sanciones, del 30 de septiembre de 2020.

Durante la etapa de indagación preliminar se realizaron las siguientes actuaciones:

1. El día once (11) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), se llevó a cabo una visita especial a las instalaciones de las Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP, en desarrollo de la actuación fiscal. En dicha diligencia participaron la señora Ana María Benjumea Gil, en su calidad de Jefe del Departamento de Control de Energía; el señor Edwar Fernando Mesa González, quien ejerció dicho cargo durante

el año 2016; así como los funcionarios adscritos al mismo departamento: ingenieros Hibaluitd Pineda, James Robles y Hernán Cortez. (Folios 35 a 36, Libro 1).".

2. En el marco de dicha reunión, se hizo entrega de documentación relevante para el desarrollo de la actuación fiscal, contenida en un total de veinticuatro (24) folios. Dentro del material aportado se incluyen: (i) informes de medición; (ii) actas de reunión; (iii) documentos relacionados con tarifas de energía; (iv) copias de facturas de servicios públicos; y (v) un informe de gestión correspondiente a la Bodega CORKIDI. (Folios 37 a 60, Libro 1)."
3. Se recibió informe de parte del Ing. HERNAN EUGENIO CORTES, del Departamento Control de Energía de EMCALI, incluyendo denuncia presentada ante la FISCALIA GENERAL DE LA NACION con ocasión de amenazas recibidas (folios 61 a 80 Libro 1).
4. Se allegó la actualización de las pólizas, esto es: Póliza de Manejo No. 22753049 con vigencia 21/09/2020 hasta 20/09/2021 de la Compañía de Seguros ALLIANZ y Póliza de Responsabilidad Civil No. 1016808 con vigencia 13/12/2019 hasta el 13/12/2020 de la Compañía de Seguros PREVISORA. (Folio 81 a 91)

Mediante Auto No. 1600.20.05.20.073 de diciembre 02 de 2020 se cierra la investigación preliminar y se ordena Proceder a dictar el Auto Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal. (Folio 92 a 98)

Mediante Auto No. 1600.20.10.20.074 de 03 de diciembre de 2020, se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal. (Folio 99 a 110)

Constancia secretarial de notificaciones del Auto de apertura No. 1600.20.10.20.074 de 03 de diciembre de 2020, del 12 de enero de 2021 (folios 134 -135)

El día 26 de enero de 2021 la Dra. ANGELA MARIA GUTIERREZ, mediante correo electrónico adjunta poder otorgado a la Dra. SANDRA ISABEL BERMUDEZ PEREZ, para que la represente. Se procede a reconocer personería. (folios 136-142).

El día 27 de septiembre de 2021, Mediante correo electrónico la Dra. SANDRA ISABEL BERMUDEZ PEREZ, apoderada de la Dra. ANGELA MARIA GUTIERREZ, allega versión libre (folios 169-176)

El día 28 de septiembre de 2021, Mediante correo electrónico la Dra. ANA MARIA BENJUMEA GIL, allega versión libre (folios 177-232)

El día 14 de octubre de 2021, el Dr. ADOLFO LEON APONTE, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 233 -302).

El día 5 de octubre de 2021, el Dr. EDUAR FERNANDO MESA GONZALEZ, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 303-334).

Mediante Auto de fecha 25 de octubre de 2021, se suspende los términos dentro del expediente 1600.20.10.19.1384, y se ordena el traslado a la Contraloría Delegada Para el Sector de Vivienda y Saneamiento Básico de la Contraloría General de la Nación. (folio 335).

Mediante Auto de fecha 12 de enero de 2022, se levantan y reanudan los términos dentro del expediente 1600.20.10.19.1384 (folio 336).

Auto No. 1600.20.10.22.148 de fecha 05 de agosto de 2022, se decretan pruebas. (folios 346 - 348)

Constancia secretarial, fijación y desafinación de estados, se notica por estado No. 65-2022, Auto que decreta pruebas (folios 349-350).

Con fecha 26 de septiembre de 2022, se requiere nombramiento de ingeniero civil o eléctrico, se asigna al profesional universitario DARIO FERNANDO GOMEZ BENVIDES (folios 353-355)

El día 04 de octubre de 2022, se posesiona el profesional universitario DARIO FERNANDO GOMEZ BENVIDES, según decreto de pruebas. (Folio 356)

ACTA DE VISITA ESPECIAL EN LA BODEGA CORKIDI, de fecha 16 de marzo de 2023 (folios 363-364).

El día 21 de marzo de 2023 se lleva a cabo notificación del acta de visita especial, vía correo electrónico a los Dr.(s) ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, ADOLFO LEON APONTE GARCIA, ANA MARIA BENJUMEA GIL, GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, apoderado de LA PREVISORA y ALLIANZ SEGURO. (folios 247-255)

El día 23 de marzo de 2023, vía correo electrónico se allega informe técnico por parte del perito DARIO FERNANDO GOMEZ BENVIDES (folio 370-374).

El día 10 de abril de 2023, mediante constancia secretarial se corre traslado a las partes del informe técnico (folios 376)

El día 14 de abril de 2023, la dra. ANA MARIA BENJUMEA GIL, presentó aclaraciones y observaciones al acta de visita especial en bodega CORKIDI (folios 385 -392)

El día 28 de abril, el Dr. ADOLFO LEON APONTE GARCIA, presentó **tercera versión libre** (folios 393 - 406)

El día 06 de junio de 2023, se recibe oficio, asunto nulidad, presentado por el Dr. ADOLFO LEON APONTE GARCIA (folios 407-430)

Mediante Auto No. 1600.20.10.23.097 de fecha 14 de junio de 2023, resuelve nulidad solicitud de nulidad presentada por el Dr. ADOLFO LEON APONTE GARCIA, declarando nula la prueba practicada el 16 de marzo de 2023. (folios 431-435)

Mediante constancia de fecha 20 de febrero de 2024, se acepta la renuncia de la Dra. Sandra Isabel Bermúdez Pérez, apoderada de la señora Angela María Gutiérrez Giraldo, a partir del 27 de febrero de 2024 (folio 442-446)

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con fundamento en los presupuestos fácticos y normativos previamente expuestos, esta Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal invoca el marco jurídico que delimita la competencia funcional de los órganos de control fiscal, conforme a lo dispuesto en la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011 y las disposiciones constitucionales y legales que rigen el ejercicio de la acción fiscal, en el marco del debido proceso administrativo.

"(...)

ARTÍCULO 3°. *El artículo 271 de la Constitución Política quedará así: Artículo 271. Los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, así como de las indagaciones preliminares o los procesos de responsabilidad fiscal, adelantados por las Contralorías tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente.*

ARTÍCULO 4°. *El artículo 272 de la Constitución Política quedará así: Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.*

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad."

La acción fiscal, en el marco constitucional, se circunscribe exclusivamente a hechos que guarden relación directa con la gestión fiscal, entendida esta como el manejo, administración o disposición de recursos o bienes públicos. En consecuencia, el ejercicio de la acción fiscal, tanto para su iniciación como para su eventual fallo, no puede desbordar dicho ámbito material, so pena de vulnerar el principio de legalidad que rige el control fiscal.

Dentro de este contexto, enseña apartes de la Sentencia C-529-93 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, noviembre 11 de 1.993.

"A propósito, la misma Corte ha conceptuado que "el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en la que se TRADUCE LA GESTION FISCAL se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración".

Dicha interpretación ha sido reiteradamente respaldada por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que el ejercicio de la gestión fiscal corresponde tanto a los servidores públicos como a las personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren o manejen recursos o fondos públicos, quedando excluidos de este ámbito quienes no ostenten dicha condición. En este contexto, las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP ostentan la calidad de sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de Santiago de Cali, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, que define la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas encaminadas a la correcta administración de los recursos públicos.

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

En su título primero ibidem, aspectos generales, artículo 1°, define el proceso de responsabilidad fiscal así:

"es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares,

CUANDO EN EL EJERCICIO DE LA ACCION FISCAL O CON OCASIÓN DE ESTA, causen por acción u omisión, y en forma dolosa o culposa UN DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO".

Ahora bien, en la Sentencia C-512 de 2013, la Honorable Corte Constitucional se pronunció de manera precisa sobre la naturaleza y características del proceso de responsabilidad fiscal, destacando su finalidad resarcitoria, su carácter eminentemente administrativo y la necesidad de observar en su trámite las garantías propias del debido proceso.

"PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Finalidad

La función pública de vigilar la gestión fiscal, sea de los servidores públicos, de los particulares o de las entidades que manejan fondos o bienes públicos, tiene varios propósitos, como los de: (i) proteger el patrimonio público; (ii) garantizar la transparencia y el acatamiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones relacionadas con el manejo y uso de los bienes y los recursos públicos; (iii) verificar la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir los fines del Estado. Desde hace ya varios años, la jurisprudencia reiterada de este tribunal deja en claro que el proceso de responsabilidad fiscal es netamente administrativo. Este proceso busca determinar y, si es del caso, declarar la responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave) de éste, habiendo un nexo causal entre ambos.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Características

El proceso de responsabilidad fiscal tiene cuatro características destacadas, a saber: (i) es un proceso administrativo, cuyo objeto es establecer la responsabilidad patrimonial que corresponde a los servidores públicos o particulares por su conducta, que tramitan los órganos de control fiscal (Contraloría General y contralorías departamentales y municipales); (ii) la responsabilidad que se declara es administrativa, porque se juzga la conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, y es patrimonial, pues se refiere a un daño y a su resarcimiento; (iii) la declaración de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en esta medida, no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial; y (iv) en este proceso se debe observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal."

En igual sentido, resulta pertinente traer a colación los criterios jurisprudenciales fijados por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia SU-620 de 1996, en la cual se precisan los elementos que configuran el daño patrimonial en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, destacando su carácter cierto, especial, anormal y cuantificable, así como la obligación de los gestores fiscales de reparar los perjuicios ocasionados al erario por su conducta dolosa o culposa.

"De este modo, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.

Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio".

RESPECTO A LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL. -

El artículo 48 de la Ley 610 de 2000 establece los requisitos sustanciales y formales que deben concurrir para proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal, señalando que dicha decisión procede cuando se acredite objetivamente la existencia de un daño o detrimento al patrimonio público, y existan medios probatorios serios que comprometan la responsabilidad fiscal del implicado, tales como documentos, peritajes, testimonios o indicios graves.

"El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:

- 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
- 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
- 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado."*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, corresponde a este despacho verificar la configuración de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, a saber: la existencia objetiva del daño patrimonial al Estado, la identificación de una conducta atribuible a los presuntos responsables que comprometa su responsabilidad fiscal y la existencia de un nexo de causalidad directo entre dicha conducta y el daño. En caso de no acreditarse alguno de estos elementos, procederá el archivo del proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la misma ley.

"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".*

Lo anterior, sin perjuicio de que, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 610 de 2000, si con posterioridad al auto de archivo se llegaren a aportar o a descubrir nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demuestre que la decisión de archivo se fundamentó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal.

VI. DE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, LA ENTIDAD AFECTADA Y DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA.

Valorado y analizado el material probatorio, conforme a lo enunciado en el capítulo anterior, procede este despacho a sustentar las causales por las cuales se imputará Responsabilidad Fiscal, conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

1. Presuntos Responsables

De conformidad con lo previsto en los artículos 1°, 3° y 5° de la Ley 610 de 2000, que regulan los elementos estructurales del proceso de responsabilidad fiscal y determinan quiénes pueden ser sujetos procesales dentro del mismo, esta Dirección procede a formular imputación en contra de las siguientes personas, quienes ostentan la calidad de gestores fiscales y sujetos solidarios, en consecuencia, pueden ser llamadas a responder patrimonialmente por los hechos objeto de investigación.

ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, Cédula: 31.471.205. Cargo: Gerente Unidad de Negocio de Energía. Fecha posesión o firma de contrato: 15 de enero de 2016. En su condición de Gerente Unidad de negocio de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, Cedula: 16.665.753. Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha de posesión o firma de contrato: 2 de enero de 2016. En su condición de Jefe Departamento Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control

ANA MARIA BENJUMEA GIL, Cédula: 66.758.919, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018. En su condición de directora del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, Cédula: 94.308.346, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016. En su condición de director del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control

ADOLFO LEON APONTE GARCIA, Cédula: 16.614.411, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: Entre el 12 de abril y el 3 de mayo de 2018: Posesionado en calidad de encargo como Jefe de Departamento de Control de Energía, según Resolución G.G. No. 0210 del 11 de abril de 2018 y según ACTA DE POSESIÓN No 028 de 2018. En su condición de director del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, la gestión fiscal es "**el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos...**".

De conformidad con el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, el objeto de la responsabilidad fiscal es *"el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la **conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal**".*

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, son elementos de la responsabilidad fiscal, *"- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores"*

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el daño patrimonial -entiéndase fiscal- al Estado se presenta cuando hay *"menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, (...)"*

En el presente caso, se ha logrado establecer que los señores (a) **Ángela María Gutiérrez Giraldo**, en su calidad de **Gerente de la Unidad de Negocio de Energía**, y **Eduard Fernando Mesa González, Ana María Benjumea Gil, Luis Eduardo López Botero y Adolfo León Aponte García**, en su condición de **Jefes del Departamento de Control de Energía** de las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, para la época de los hechos, incurrieron en una gestión fiscal **antieconómica, ineficaz e inoportuna**, lo cual generó un **daño patrimonial al Estado**, entendido conforme al artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Dicho detrimento se produjo como consecuencia de la **omisión en la adopción de medidas oportunas, eficaces y adecuadas**, que hubieran permitido **mitigar la defraudación de energía** detectada en el transformador identificado como P12347. Adicionalmente, se evidenciaron **debilidades estructurales en el control, supervisión y seguimiento de las estadísticas y métodos de priorización**, herramientas indispensables para garantizar una continuidad efectiva en el control de pérdidas comerciales de energía.

La conducta desplegada por los mencionados servidores públicos constituye una **presunta culpa grave**, en los términos de los artículos 5° y 6° de la Ley 610 de 2000 y el literal a) del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que omitieron actuar con la diligencia que razonablemente era exigible a quienes, en ejercicio de funciones de dirección y supervisión, tenían la responsabilidad directa de preservar los recursos públicos asignados a la prestación del servicio de energía.

De acuerdo con el análisis técnico, financiero y jurídico realizado, la **gestión ineficiente e ineficaz** desplegada permitió la continuidad de pérdidas de energía durante un lapso de treinta y seis (36) meses, ocasionando un **daño fiscal cierto, real y antijurídico**, en cuantía estimada preliminarmente en **DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612)**.

Por lo tanto, atendiendo a los principios de **legalidad, eficacia, economía, celeridad, responsabilidad y debido proceso** previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 610 de 2000, resulta procedente la **imputación de responsabilidad fiscal** en contra de los referidos gestores fiscales, en cuanto su conducta se configura como determinante en la producción del daño patrimonial al erario, conforme a los presupuestos materiales de la responsabilidad fiscal: **conducta culposa, daño patrimonial y nexo de causalidad**.

- **De la condición de gestor fiscal.**

Según el manual de funciones vigente en la entidad, dentro de las funciones esenciales asignadas a los Jefes de Departamento se encuentran una serie de actividades orientadas al cumplimiento de los fines misionales de la organización, dentro de las cuales se destacan, entre otras, las siguientes:

(1) Administrar los procesos de su área, para la óptima prestación de los servicios y el cumplimiento de la misión corporativa. (2). Formular políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos para el cumplimiento de los objetivos de su área, en concordancia con los respectivos directores, y bajo el liderazgo del gerente correspondiente. (3) Formular e implementar políticas generales de la empresa y dar instrucciones a sus dependientes para que las mismas se ejecuten. (4) Dirigir, coordinar, y controlar la adopción de políticas empresariales y cumplimiento de objetivos del área. (...). (7) Diseñar y presentar el Plan de trabajo para el logro de las funciones asignadas, entre otras. Dice al respecto lo siguiente¹:

Institucionales.
III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES
1. Administrar los procesos de su área, para la óptima prestación de los servicios y el cumplimiento de la misión corporativa.
2. Formular políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyectos para el cumplimiento de los objetivos de su área, en concordancia con los respectivos directores, y bajo el liderazgo del gerente correspondiente.
3. Formular e implementar políticas generales de la empresa y dar instrucciones a sus dependientes para que las mismas se ejecuten.
4. Dirigir, coordinar, y controlar la adopción de políticas empresariales y cumplimiento de objetivos del área.
5. Coordinar con los respectivos gerentes y directores el cumplimiento de los objetivos de la Empresa y del área de su responsabilidad, de acuerdo con el plan de desarrollo y las políticas institucionales.
6. Administrar adecuadamente el recurso humano y físico que le son encomendados para el buen funcionamiento de su dependencia.
7. Diseñar y presentar el Plan de trabajo para el logro de las funciones asignadas.

Asimismo, el documento denominado "Funciones del Departamento de Control de Energía de la Unidad Estratégica del Negocio de Energía de EMCALI", adoptado mediante Resolución No. 0002 del 29 de junio de 2018, en sus numerales 4° y 6° del Área Funcional de Administración del Departamento, establece como obligaciones específicas, entre otras, las siguientes:

4. Planificar la ejecución de los programas de disminución de pérdidas técnicas y no técnicas del negocio de energía.
16. Realizar la interventoría a la ejecución de las actividades del programa de disminución de pérdidas.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección concluye que el Jefe del Departamento de Control de Energía de las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP ostenta la condición de gestor fiscal, en tanto le han sido atribuidas competencias funcionales y decisorias orientadas a garantizar la adecuada administración, control y salvaguarda de los recursos públicos asignados al área bajo su responsabilidad.

¹ Tomado de alegatos de descargo de ANA MARIA BENJUMEA GIL. Visible a folio 280 del Libro 01.

De acuerdo con el acervo probatorio obrante en el expediente, se ha establecido que los siguientes servidores públicos ejercieron la jefatura del Departamento de Control de Energía durante el periodo en que ocurrieron los hechos objeto de investigación:

EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, Cedula: 16.665.753. Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha de posesión o firma de contrato: 2 de enero de 2016.

LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, Cédula: 94.308.346, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016.

ADOLFO LEON APONTE GARCIA, Cédula: 16.614.411, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: Entre el 12 de abril y el 3 de mayo de 2018: Posesionado en calidad de encargo como Jefe de Departamento de Control de Energía, según Resolución G.G. No. 0210 del 11 de abril de 2018 y según ACTA DE POSESIÓN No 028 de 2018².

ANA MARIA BENJUMEA GIL, Cédula: 66.758.919, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018.

Como quiera que no existe duda sobre la condición de **gestores fiscales** de los señores **Eduard Fernando Mesa González, Ana María Benjumea Gil, Luis Eduardo López Botero y Adolfo León Aponte García**, quienes se desempeñaron como **Jefes del Departamento de Control de Energía** de EMCALI EICE ESP para la época de los hechos investigados, en virtud de las funciones y actividades de planeación, dirección, control y supervisión que les fueron asignadas, se procederá a continuación al análisis de los elementos que configuran la **responsabilidad fiscal** que se les imputa.

De igual manera, respecto de la señora **Ángela María Gutiérrez Giraldo**, quien ostentaba el cargo de **Gerente de la Unidad Estratégica del Negocio de Energía**, no subsiste duda alguna sobre su condición de **gestora fiscal** y la consecuente responsabilidad que le es atribuible, en tanto las actividades desarrolladas por el Departamento de Control de Energía se encontraban bajo su coordinación y dependencia directa, razón por la cual le asistía el deber funcional de direccionar, supervisar y asegurar la correcta gestión de los recursos públicos asignados al área a su cargo.

- **De la existencia de una conducta culposa.**

De conformidad con el artículo 4° de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se configura cuando se presente un daño patrimonial al Estado como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público o particular que ejerza gestión fiscal.

En lo atinente a la culpa grave, el artículo 63 del Código Civil establece que ésta se presenta cuando no se manejan "los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios". Así mismo, el literal a) del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 dispone que configura culpa grave la adopción de decisiones técnicas que afectan la integridad patrimonial de la entidad contratante.

² Este dato se toma de su versión libre. Visible a folio 11 del Libro 02.

En el presente caso, los servidores públicos ÁNGELA MARÍA GUTIÉRREZ GIRALDO, Gerente de la Unidad Estratégica del Negocio de Energía, y los jefes del Departamento de Control de Energía, ANA MARÍA BENJUMEA GIL, LUIS EDUARDO LÓPEZ BOTERO y ADOLFO LEÓN APONTE GARCÍA, para la época de los hechos, incurrieron en culpa grave, habida cuenta de la omisión injustificada en la adopción de medidas eficaces, oportunas y pertinentes para mitigar las pérdidas de energía registradas en el transformador P12347. Dichas pérdidas, documentadas durante treinta y seis (36) meses consecutivos, ocasionaron un detrimento patrimonial cierto, real y antijurídico a EMCALI EICE ESP.

Se configura una conducta gravemente culposa, conforme a los términos del artículo 63 del Código Civil, en tanto los citados servidores no manejaron los negocios públicos con el mínimo de diligencia exigible incluso a personas de notoria negligencia en sus propios asuntos. Esta falta de diligencia se materializó en la inacción frente a la implementación de mecanismos de control —tecnológicos, administrativos y jurídicos— pese a contar con facultades contractuales para adoptar medidas coercitivas, como la suspensión del servicio, en los términos de la Cláusula 44 del Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del servicio de energía.

De igual manera, se reitera que constituye culpa grave la renuncia anticipada e injustificada a ejercer las acciones de control y recuperación del patrimonio público, al no emplear los instrumentos legales a disposición para forzar la colaboración del suscriptor propietario del inmueble donde se encontraba instalado el transformador afectado, permitiendo así la prolongación injustificada de las pérdidas de energía y, con ello, el aumento del daño fiscal.

La ausencia de reacción adecuada frente a las obstrucciones presentadas, así como la falta de implementación de mecanismos correctivos eficaces en un periodo prolongado, constituye una gestión fiscal antieconómica, ineficaz e ineficiente, configurándose en consecuencia el elemento subjetivo de culpa grave exigido para la estructuración de la responsabilidad fiscal.

La cualificación de la conducta como gravemente culposa, en el presente caso, se deriva de los elementos probatorios recaudados en la actuación administrativa preliminar, los cuales evidencian que los funcionarios involucrados omitieron desplegar un comportamiento oportuno, eficaz y diligente tendiente a evitar o, al menos, mitigar la defraudación energética ocurrida en el transformador P12347. Esta omisión se tradujo no solo en la falta de implementación de medidas tecnológicas y legales adecuadas, sino también en deficiencias en el control, supervisión de las estadísticas y en la aplicación de métodos de priorización que permitieran la continuidad del control de pérdidas.

Aunque los servidores públicos intentaron justificar su inacción aduciendo la negativa del propietario del predio a permitir el ingreso para la práctica de inspecciones, resulta claro que la entidad contaba con herramientas coercitivas previstas en la normatividad vigente —en particular, la cláusula 44 numeral 16 del Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del servicio de energía de EMCALI EICE ESP— que les permitían exigir la colaboración necesaria mediante la suspensión del servicio en caso de obstrucción.

Así lo demuestra la versión libre rendida por el señor ADOLFO LEÓN APONTE GARCIA, quien indicó que en catorce (14) oportunidades se intentó sin éxito acceder al predio donde operaba el transformador P12347, propiedad del señor León Corkidi. Señala en su exposición:

"Se trata de una frase con el contexto tergiversado pues no son ocho (8) y seis (6) revisiones; se trata de catorce(14) intentos de revisión demostrados y que se entregan nuevamente en este documento, lo cual es cosa muy distinta; que no se pudieron cristalizar porque el propietario de la edificación de CORKIDY no permitía el ingreso, esa afirmación de la Comisión auditora no es cierta y desconoce que los intentos por conocer lo que sucedía al

interior del edificio se venían haciendo y con mucha frecuencia; pero la Comisión auditora desconoce también que el Departamento de Control de Energía no tiene la autoridad, las competencias ni los recursos para "ENTRAR", si se quiere a una edificación cuyos dueños no permiten el ingreso"³. (Negrilla fuera de texto).

Por tanto, la omisión injustificada de aplicar las medidas coercitivas a su alcance constituyó una actuación negligente que facilitó la continuidad del detrimento patrimonial, configurando así una conducta gravemente culpable, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 610 de 2000 y el artículo 63 del Código Civil. Esta circunstancia pone de presente que EMCALI EICE ESP siempre contó con los mecanismos legales para superar la negativa del particular, pero no hizo uso efectivo de ellos en su momento.

Por lo que explica, pero eso no implica, que no se tenga en consideración conforme al numeral 16 del artículo 44 del Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del Servicio de Energía, la entidad tenía las herramientas para coaccionar al particular a prestar la colaboración necesaria y simplemente omitió hacer uso de tales facultades. Dice el artículo 44 lo siguiente:

"CLÁUSULA 44. SUSPENSIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL SUSCRIPTOR Y/O usuario. De acuerdo con lo previsto en el artículo 140 de la Ley 143 de 1994 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, la suspensión del servicio por incumplimiento del contrato imputable al suscriptor y/o usuario tiene lugar en los siguientes eventos: (...)

16. Por impedir a los empleados y/o contratista autorizados por EMCALI, previamente identificados, ingresar al predio para adelantar la inspección de las instalaciones internas, acometidas, conexiones, equipos de medida o control o la lectura de medidores"⁴.

De lo anterior surge que, si los funcionarios encargados del control hubieran ejercido igual presión en las visitas anteriores, específicamente del transformado P. 12347, el cual se alimentaba desde el nodo 1185241 de 800 KVA⁵, se habrían tomado oportunamente los correctivos correspondientes. Sin embargo, de forma negligente e injustificada, los funcionarios toleraban este comportamiento del dueño del predio, omitiendo medidas coercitivas a su alcance, con las cuales se habría evitado o disminuido grandemente la pérdida del recurso público.

- **Del daño patrimonial: Gestión fiscal antieconómica.**

Según el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, se configura un daño patrimonial al Estado en los eventos de "*menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, (...)*".

En el presente caso, la gestión fiscal la constituye o es producto de la pérdida de energía por presunto fraude en el transformado P.12347. según el informe de la comisión auditora, la pérdida de energía equivale a un total de 6.533.469 kW/h.

En cuanto a la naturaleza del daño, este reviste carácter **antijurídico**, en tanto que no encuentra justificación en una causa legal ni se deriva del cumplimiento de una norma que ampare su ocurrencia. A diferencia del daño jurídico —que puede surgir, por ejemplo, de obligaciones legales como el pago de tributos, la imposición de multas o la expropiación por razones de interés público— el daño antijurídico aquí analizado se configura:

³ Visible a folio 20 del Libro 02.

⁴ Visible a folio 281 del Libro 02

⁵ Informe actividades CONTRATO 500-GE-PS-1267-2016. Visible a folio 81 del Libro 01.

a) **Por falta de fundamento legal expreso que justifique la pérdida de recursos públicos, y**

b) **Por violación tanto de normas generales como específicas, en particular:**

- La cláusula de protección del patrimonio público consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, conforme a la cual el Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables.
 - El incumplimiento de mandatos especiales, como los contenidos en el **Manual de Funciones de la entidad**, aprobado mediante **Resolución No. 0002 de 29 de junio de 2018**, que imponía al jefe del Departamento de Control de Energía obligaciones específicas orientadas a:
 - Planificar la ejecución de programas de disminución de pérdidas técnicas y no técnicas del negocio de energía,
 - Ejecutar acciones correctivas oportunas frente a anomalías detectadas en la medición y consumo de energía,
 - Supervisar eficazmente los transformadores de mayor índice de pérdidas,
 - Implementar estrategias de control y recuperación de energía en casos críticos.

La inobservancia de tales deberes funcionales resulta determinante para la configuración del daño, por cuanto permitió la continuidad de las pérdidas de energía sin la adopción de medidas efectivas de corrección, vulnerando así los principios de eficiencia, eficacia y economía de la función pública, previstos en el artículo 209 de la Constitución Política.

4. Planificar la ejecución de los programas de disminución de pérdidas técnicas y no técnicas del negocio de energía.

Adicionalmente, el caso bajo examen configura un supuesto de **gestión fiscal antieconómica**, en tanto se evidencia una actitud de renuencia injustificada por parte de los gestores fiscales para adoptar medidas oportunas, eficaces y pertinentes que mitigaran la defraudación energética. Esta omisión se tradujo en falencias estructurales en la supervisión, el control de las estadísticas operativas y la correcta aplicación de los métodos de priorización, debilitando así la capacidad institucional para atender de manera efectiva los focos de pérdida en el sistema de distribución local.

De lo anterior se concluye que los servidores públicos involucrados no actuaron con la diligencia, oportunidad y eficacia que exige la gestión de recursos públicos. Aún concediendo, solo en gracia de discusión, que fuera cierta la afirmación según la cual el señor León Corkidi, propietario de la bodega donde se ubica el transformador P12347, negó el acceso para la práctica de inspecciones, también lo es que EMCALI EICE ESP contaba con facultades legales para superar dicha negativa.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el numeral 16 de la cláusula 44 del **Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del Servicio de Energía**, era procedente suspender el servicio de energía como medida coercitiva en caso de obstrucción al ingreso de los funcionarios autorizados estipulándose expresamente:

"CLÁUSULA 44. SUSPENSIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL SUSCRIPTOR Y/O usuario. De acuerdo con lo previsto en el artículo 140 de la Ley 143 de 1994 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, la suspensión del servicio por incumplimiento del contrato imputable al suscriptor y/o usuario tiene lugar en los siguientes eventos: (...)

*16. Por impedir a los empleados y/o contratista autorizados por EMCALI, previamente identificados, ingresar al predio para adelantar la inspección de las instalaciones internas, acometidas, conexiones, equipos de medida o control o la lectura de medidores"*⁶.

La pregunta obvia para esta Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal es la siguiente: Si se contaba con medidas de coerción - *numeral 16 del artículo 44 del Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del Servicio de Energía* -, porqué las mismas no se utilizaron en las visitas anteriores, y fue solo en la visita ordenada por el ente investigador que se tomaron medidas oportunas, eficaces y pertinentes para ejercer el debido control.

Es esa falta de gestión oportuna y eficaz la que se reprocha. La demora injustificada -36 meses de análisis fiscal-, dan cuenta de la desidia con la cual se abordó esta problemática. No fue la oposición del particular sino la ausencia de una actitud eficaz por parte de la entidad la que dio lugar, por omisión, a tan alto detrimento patrimonial.

- **De la cuantificación del daño.**

Tal como se indicó en el Auto No. 1600.20.10.20.074 de fecha 3 de diciembre de 2020, mediante el cual se ordenó la apertura formal del proceso de responsabilidad fiscal, el daño patrimonial al Estado se encuentra representado en el valor de la energía eléctrica que fue perdida o no recuperada durante el período comprendido entre los años 2016 y 2018, en relación con el transformador identificado con el código P.12347. Dicho detrimento fue estimado preliminarmente en la suma de DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612), conforme a los cálculos técnicos contenidos en el informe de auditoría que dio origen a esta actuación."

- **A modo conclusión: Elementos que configuran la responsabilidad fiscal.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se configura a partir de la concurrencia de tres elementos esenciales, a saber: (i) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) la existencia de un daño patrimonial al Estado; y (iii) un nexo de causalidad directo entre la conducta y el daño generado.

En el caso que nos ocupa, tal como ha sido ampliamente expuesto en las consideraciones precedentes, se encuentra debidamente acreditada la existencia de los mencionados elementos.

En cuanto a la **conducta atribuible**, se tiene que los servidores públicos **Ángela María Gutiérrez Giraldo**, en su calidad de Gerente de la Unidad Estratégica del Negocio de Energía, y **Eduard Fernando Mesa González, Ana María Benjumea Gil, Luis Eduardo López Botero y Adolfo León Aponte García**, en sus respectivas calidades de jefes del Departamento de Control de Energía de EMCALI EICE ESP para las vigencias auditadas, incurrieron en una conducta gravemente culposa. Esta calificación se deriva de la omisión injustificada en la adopción de medidas oportunas, eficaces y pertinentes que permitieran prevenir o mitigar la defraudación de energía en el transformador P12347.

A lo anterior se suma el hecho de que persistieron **debilidades estructurales en el control y supervisión de las estadísticas de pérdidas de energía**, así como en la **implementación de métodos de priorización de acciones correctivas**, lo cual impidió

⁶ Visible a folio 281 del Libro 02

dar continuidad efectiva al control de pérdidas no técnicas en el Sistema de Distribución Local de EMCALI EICE ESP.

Así, la falta de diligencia debida en el ejercicio de las competencias funcionales asignadas, unida a la no utilización de las herramientas legales disponibles como las medidas coercitivas previstas en el Contrato de Condiciones Uniformes para la prestación del servicio de energía evidencia un incumplimiento grave de los deberes propios de la gestión fiscal, que compromete su responsabilidad a título de **culpa grave**.

Configurada la existencia del daño patrimonial, su carácter antijurídico y el nexo causal entre este y la conducta omisiva desplegada por los gestores fiscales, se concluye que concurren los presupuestos materiales para la imputación de responsabilidad fiscal conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

2. Identificación de la entidad estatal afectada:

La entidad afectada corresponde a las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, identificada con NIT: 890 399003-4, siendo sujeto de control fiscal y vigilancia de la Contraloría General de Santiago de Cali, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 268 y 272 de la Constitución Política y el Artículo 3° de la Ley 42 de 1993.

3. Vinculación del garante – Tercero civilmente responsable:

Con respecto a la vinculación del garante la Ley 610 de 2000, preceptúa en su artículo 44 lo siguiente:

"Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella."

ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT.860.026.182-5. y su coaseguro LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Póliza de Manejo No. 22335903. Vigencia del seguro: 21/09/2018 a 20/09/2019, entendiéndose que son vinculadas no como presuntas responsables, en tanto el papel que cumple se limita a asumir determinados riesgos que pueden tener relación con eventuales detrimentos patrimoniales de entidades públicas.

En consecuencia, es preciso advertir que la obligación de la compañía aseguradora no se deriva de la ley fiscal, sino del contrato de seguro que le da origen, y cuya cobertura se encuentra limitada por las condiciones pactadas en dicho instrumento jurídico. Por lo tanto, en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, la aseguradora no ostenta la calidad de deudor solidario frente al daño investigado, en la medida en que su responsabilidad es accesoria y está circunscrita a los términos, límites y exclusiones contemplados en la respectiva póliza, sin que pueda exigírsele resarcimiento alguno más allá del riesgo asegurado."

Así las cosas, las aseguradoras vinculadas como garantes son las siguientes:

ALLIANZ SEGUROS S.A., con NIT No. 860.026.182-5 860.524.654-6, Póliza de Manejo No. 22753049, con vigencia: desde el 21/09/2020 al 20/09/2021, y LA PREVISORA S.A. con NIT No. 860.002.400-2, Póliza Responsabilidad Civil No. 1016808.

El artículo 120 de la ley 1474 de 2011 dispone que: "Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la ley 610 de 2000.

VII. INDICACION Y VALORACION DE LAS PRUEBAS Y GARANTÍAS DE DEFENSA DE LOS IMPLICADOS.

1. PRUEBAS ALLEGADAS EN EL HALLAZGO:

El referido traslado contiene el siguiente material probatorio:

MATERIAL PROBATORIO QUE SUSTENTA EL HALLAZGO

Pruebas documentales

Copia simple:

Papel de trabajo No.PT-4-CE-PGP-02
Acta Reunión de agosto 15 de 2019. y soportes (punto 7)
Base datos pérdida mensual por transformadores muestrados – enviada por email.
Bases de datos pérdidas transformadores periodo 2016- 2018

Documentos Auténticos:

Hojas de vida y actas de posesión.

Ángela María Gutiérrez Giraldo
Eduard Fernando Mesa González
Luis Eduardo López Botero
Adolfo León Aponte García
Ana María Benjumea Gil

Copia Pólizas de manejo No: 22335903, 22155640, 21976046, 21735511 folios cuarenta y seis (46)

Copia Pólizas de responsabilidad Civil No: 000706539015, 000706539015, 000706533916, 45-01-101000028- folios veinticuatro (24)

2. DECRETADAS EN APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

Mediante auto No. 1600.20.10.20.074 de fecha 03 de diciembre 2020, "POR EL CUAL SE APERTURA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL", se decretó las siguientes pruebas:

DECRETO DE LAS PRUEBAS CONDUCTENTES Y PERTINENTES (Ley 610 de 2000 – Art. 41 Num. 6º)

Considera el Despacho necesario el decreto y practica de las siguientes pruebas:

Documentales:

Tener como pruebas, los documentos allegados por el proceso auditor, los que se encuentran en CD y los que fueron allegados al plenario en la Indagación Preliminar y los que se alleguen al expediente en el transcurso de la investigación.

VISITA TÉCNICA

Se debe realizar visita técnica, con el acompañamiento de un Ingeniero adscrito a la planta de la Contraloría General de Santiago de Cali, en el sitio donde funciona el Transformador No. P12347, para que indique o de concepto del sitio donde se produce el funcionamiento del mismo dentro del predio, tal como lo manifiestan y lo hacen saber los presuntos implicados de acuerdo con la prueba allegada en la indagación preliminar.

Las demás contempladas en el Código General del Proceso que sirvan para el esclarecimiento de los hechos.

GARANTIA DE DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS -VERSION LIBRE.

En aplicación directa del principio constitucional del debido proceso, así como del derecho de contradicción y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, los investigados fueron escuchados en versión libre dentro del trámite procesal, oportunidad en la cual algunos de ellos también allegaron pruebas documentales de respaldo, conforme se detalla a continuación:

- Mediante correo electrónico la Dra. SANDRA ISABEL BERMUDEZ PEREZ, apoderada de la Dra. ANGELA MARIA GUTIERREZ, allega versión libre (folios 252-267)
- El día 28 de septiembre de 2021, Mediante correo electrónico la Dra. ANA MARIA BENJUMEA GIL, allega versión libre (folios 268-377)
- El día 14 de octubre de 2021, el Dr. ADOLFO LEON APONTE, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 1 -138).
- El día 20 de octubre de 2021, el Dr EDUAR FERNANDO MESA GONZALEZ, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 139-200).

CONCLUSIONES DE RESPECTO A LAS PRUEBAS.

Del análisis integral de las pruebas allegadas al expediente y relacionadas en el presente Auto, se concluye que estas son conducentes, pertinentes y necesarias para demostrar la configuración de los elementos esenciales de la presunta responsabilidad fiscal endilgada a los sujetos procesales.

En efecto, el acervo probatorio —compuesto por informes de auditoría, bases de datos de pérdidas de energía, actas de visitas, versiones libres de los presuntos responsables, documentos contractuales y registros de supervisión técnica— permite acreditar, de manera seria y fundada, cada uno de los presupuestos que estructuran la responsabilidad fiscal, a saber: la existencia de un daño patrimonial real, cierto y antijurídico; la configuración de una conducta omisiva gravemente culposa; y la existencia de un nexo de causalidad directo entre el daño y la conducta desplegada.

De las pruebas recaudadas se desprende que los servidores públicos **Ángela María Gutiérrez Giraldo**, en su calidad de Gerente de la Unidad Estratégica del Negocio de Energía, y **Eduard Fernando Mesa González, Ana María Benjumea Gil, Luis Eduardo López Botero y Adolfo León Aponte García**, en sus calidades de Jefes del Departamento de Control de Energía, incurrieron presuntamente en responsabilidad fiscal a título de **culpa grave**, en razón de:

- La omisión injustificada de adoptar medidas oportunas, eficaces y pertinentes para mitigar o prevenir la defraudación energética en el transformador P12347;
- Las debilidades evidenciadas en el control, supervisión y seguimiento de las estadísticas de pérdidas de energía;
- La inadecuada aplicación de los mecanismos de priorización de acciones correctivas que habrían permitido ejercer un control más efectivo sobre las pérdidas no técnicas.

Se concluye, entonces, que la actuación funcional de los servidores mencionados no respondió a los estándares mínimos de diligencia exigidos en la gestión de recursos públicos, configurándose así la presunta responsabilidad fiscal que ahora se les imputa, conforme a los artículos 5, 6, y 48 de la Ley 610 de 2000.

VI. ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DEL DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO.

Para determinar el cumplimiento de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal previstos por el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, a continuación se hace un análisis sobre la existencia del daño patrimonial de que ha sido víctima las Empresas Municipales de Cali EMCALI ECICE ESP y sobre las pruebas que comprometen la presunta responsabilidad de los gestor fiscal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, y quienes han sido referenciados como sujetos procesales en este proceso de Responsabilidad Fiscal.

- **Sobre la Existencia del Daño Patrimonial**

De conformidad con el artículo 41 numeral 5 de La ley 610 de 2000, se determina el daño patrimonial al estado y estimación de la Cuantía conforme al material probatorio que obra dentro del proceso.

El presunto daño patrimonial tiene una cuantía estimada el valor de la energía perdida o no recuperada durante la vigencia 2016.2018, específicamente en el transformador P.12347, cifra que según los cálculos iniciales asciende a DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612).

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el daño patrimonial al Estado se configura como la lesión al patrimonio público derivada de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, en tanto se traduce en la disminución, pérdida o deterioro de recursos públicos. En el caso que nos ocupa, los hechos objeto de estudio, relativos al control de pérdidas comerciales de energía en el transformador P.12347 durante las vigencias 2016 a 2018, constituyen un presunto detrimento patrimonial, en la medida en que se evidencia un menoscabo real y cierto a los intereses de las Empresas Municipales de Cali EMCALI ECICE ESP, estimado preliminarmente en la suma de DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612), conforme a los informes técnicos y financieros que obran en el expediente.

Este daño tiene como génesis la omisión injustificada de medidas correctivas, oportunas y eficaces por parte de los servidores públicos responsables, quienes, pese a contar con información técnica y estadística que alertaba sobre el comportamiento anómalo del transformador, no adoptaron decisiones proporcionales a la gravedad del fenómeno, incurriendo en una gestión fiscal antieconómica contraria a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Se resalta que tales omisiones, además de reiteradas, se perpetuaron en el tiempo a lo largo de treinta y seis (36) meses, configurando una conducta administrativa gravemente culpable conforme a los artículos 5 y 9 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con el artículo 63 del Código Civil y el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011. Esta conducta es atribuible a quienes ostentaban la calidad de gestores fiscales y tenían la obligación funcional de garantizar el control eficiente y eficaz del recurso público, entre ellos la Gerente de la Unidad

Estratégica del Negocio de Energía y los sucesivos Jefes del Departamento de Control de Energía de EMCALI EICE ESP.

Así las cosas, el nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el daño fiscal resulta acreditado, no solo por el resultado económico negativo soportado en los balances energéticos y las bases de datos institucionales, sino por la inacción administrativa que permitió su consolidación, sin que mediara causa externa que excluyera la responsabilidad de los implicados. En consecuencia, se configuran los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal conforme al artículo 5 ibídem, siendo procedente la imputación provisional de responsabilidad en los términos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

(...) lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público."

Sobre la conducta que compromete la presunta responsabilidad de los sujetos imputados.

1. Presuntos Responsables

De conformidad con lo establecido en los artículos 1°, 3° y 5° de la Ley 610 de 2000, que determinan los sujetos pasivos de la acción fiscal, así como los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial derivada de la gestión fiscal, la imputación que se formula mediante el presente auto se dirige contra las siguientes personas, quienes ostentan la calidad de gestores fiscales en razón de las funciones y competencias ejercidas durante el periodo objeto de investigación:

ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, Cédula: 31.471.205. Cargo: Gerente Unidad de Negocio de Energía. Fecha posesión o firma de contrato: 15 de enero de 2016. En su condición de Gerente Unidad de negocio de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, Cedula: 16.665.753. Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha de posesión o firma de contrato: 2 de enero de 2016. En su condición de Jefe Departamento Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control

ANA MARIA BENJUMEA GIL, Cédula: 66.758.919, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018. En su condición de directora del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo

tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, Cédula: 94.308.346, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016. En su condición de director del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control

ADOLFO LEON APONTE GARCIA, Cédula: 16.614.411, Cargo: Jefe Departamento Control de Energía, Fecha posesión o firma de contrato: Entre el 12 de abril y el 3 de mayo de 2018: Posesionado en calidad de encargo como Jefe de Departamento de Control de Energía, según Resolución G.G. No. 0210 del 11 de abril de 2018 y según ACTA DE POSESIÓN No 028 de 2018. En su condición de director del Departamento de Control de Energía para la fecha de los hechos tuvo a su cargo la adopción de medidas que permitieran mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control.

Es preciso señalar que en el auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal No. No. 1600.20.10.20.074 de 03 de diciembre de 2020, se decretó escuchar en versión libre y espontánea a los presuntos responsables, siendo citados los servidores ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, Gerente Unidad de Negocio de Energía; EDUARDO FERNANDO MESA GONZÁLEZ, Jefe Departamento Control de Energía; LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, Jefe Departamento Control de Energía; ADOLFO LEON APONTE GARCIA, jefe Departamento Control de Energía y ANA MARIA BENJUMEA GIL, jefe Departamento Control de Energía.

Únicamente los Dr.(s). ANGELA MARIA GUTIERREZ, allega versión libre (folios 252-267), ANA MARIA BENJUMEA GIL, allega versión libre (folios 268-377), ADOLFO LEON APONTE, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 1 -138) y EDUARDO FERNANDO MESA GONZALEZ, allega versión libre por escrito (libro No. 2 folios 139-200), sin que se desvirtuara la posible responsabilidad fiscal.

Así las cosas, en aplicación del artículo 42 de la ley 610 de 2000, se procede a efectuar imputación dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal, evaluando así la conducta de cada uno de los sujetos procesales.

“Artículo 42. Garantía de defensa del implicado. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado. En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.” (Negrita y subrayas fuera de texto)

- **Sobre el Nexo Causal**

El último de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa - efecto entre el daño y la conducta. Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar la responsabilidad fiscal, implica en su formulación más simple que el daño

fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa o dolosa del gestor fiscal o del particular o demás personas que concurran al hecho. Se entiende que no existe tal nexo, cuando en la producción del daño opera una causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero. Esto, que ya fue analizado líneas atrás, será reiterado para mayor claridad.

- **A modo conclusión: Elementos que configuran la responsabilidad fiscal.**

Según el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, son elementos de la responsabilidad fiscal, “- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.* - *Un daño patrimonial al Estado.* - *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*”.

En el presente caso, según se dejó sentado en líneas precedentes, existe una conducta de parte de los servidores ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, Gerente Unidad de Negocio de Energía y EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, ADOLFO LEON APONTE GARCIA, y ANA MARIA BENJUMEA GIL, jefes del Departamento Control de Energía, para la fecha de los hechos, por concepto de energía perdida en el transformador P.12347 durante los años 2016 a 2018.

Es así como finalmente el Despacho encuentra plenamente demostrados en este caso los elementos que constituyen la responsabilidad Fiscal, establecidos en artículo 5 de la Ley 610 de 2000 y que dan lugar a proceder para la imputación en los términos referidos con esta providencia y conforme al artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN

El proceso de responsabilidad fiscal, en el marco de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, constituye un conjunto de actuaciones administrativas dirigidas a establecer la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos o particulares que, en ejercicio o con ocasión de la gestión fiscal, ocasionen un daño al patrimonio del Estado. Este proceso tiene por objeto la recuperación del daño ocasionado y, por tanto, la protección efectiva del erario.

De conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, para que se configure la responsabilidad fiscal es indispensable la concurrencia de tres elementos esenciales: (i) la existencia de un **daño patrimonial al Estado**, el cual debe ser real, cierto, cuantificable y antijurídico; (ii) una **conducta dolosa o gravemente culposa** atribuible a un sujeto que ejerce gestión fiscal; y (iii) la existencia de un **nexo de causalidad** entre la conducta desplegada por el gestor fiscal y el daño ocasionado.

Solo cuando se acrediten conjuntamente estos tres elementos puede formularse imputación en contra de quien ostente la calidad de gestor fiscal. En contrario, la ausencia de alguno de ellos —como la inexistencia del daño, la falta de imputación subjetiva o la ruptura del nexo causal— impide avanzar hacia una declaratoria de responsabilidad fiscal, en atención al principio de legalidad y al respeto de las garantías procesales.

EL CASO EN CONCRETO

Cabe resaltar que el problema jurídico abordado en la presente providencia, relativo a la procedencia de la imputación de responsabilidad fiscal, debe analizarse bajo el supuesto de que, una vez valoradas de manera integral, oportuna y legal las pruebas obrantes en el expediente, se ha logrado acreditar la existencia de un detrimento patrimonial al Estado, estimado preliminarmente en la suma de DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612). Este daño se origina en la omisión de medidas adecuadas, tanto tecnológicas como legales, que hubieran

permitido prevenir o mitigar la defraudación de energía en el transformador P.12347, durante los años 2016 a 2018, así como en las debilidades evidenciadas en el control, supervisión y priorización de acciones correctivas por parte de los funcionarios responsables.

Queda probado el presunto detrimento, el cual deviene de la gestión fiscal antieconómica de los servidores ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO, Gerente Unidad de Negocio de Energía y EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ, LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, ADOLFO LEON APONTE GARCIA, y ANA MARIA BENJUMEA GIL, jefes del Departamento Control de Energía, por la no adopción de medidas que permitieran evitar o por lo menos mitigar la defraudación, fueran estas de tipo tecnológico o legal, así mismo, debilidades en el control y supervisión de las estadísticas y métodos de priorización que permitieran dar continuidad al control, específicamente en el transformador P.12347 durante los años 2016 a 2018.

Finalmente, encontrando probado por el despacho que se configuran los elementos de responsabilidad fiscal, se procede a la imputación tal y como lo ordena el artículo 48 de la ley 610 de 2000 el cual reza literalmente:

"Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados."

Esta Dirección encuentra procedente la imputación de responsabilidad fiscal a los servidores **Ángela María Gutiérrez Giraldo, Eduard Fernando Mesa González, Luis Eduardo López Botero, Adolfo León Aponte García y Ana María Benjumea Gil**, en razón de su presunta participación en una gestión fiscal antieconómica que derivó en un daño patrimonial cierto, real y antijurídico, estimado en **\$2.120.125.612**, afectando los intereses de EMCALI EICE ESP.

El acervo probatorio evidencia la omisión en la adopción de medidas oportunas y eficaces, tecnológicas o legales, para mitigar la defraudación de energía en el transformador P.12347 durante los años 2016 a 2018, así como falencias en el control, supervisión y priorización de transformadores críticos, configurándose presuntamente una conducta gravemente culposa conforme a los artículos 5 y 6 de la Ley 610 de 2000.

Con fundamento en lo expuesto en el cuerpo de este proveído, la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imputar responsabilidad fiscal de conformidad con el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, por la ocurrencia del daño patrimonial causado a las Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP, por la cuantía estimada en el presente auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal de DOS MIL CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$2.120.125.612), de forma solidaria a:

ANGELA MARIA GUTIERREZ GIRALDO

Cédula: 31.471.205

Cargo: Gerente Unidad de Negocio de Energía

Fecha posesión o firma de contrato: 15 de enero de 2016.

EDUARD FERNANDO MESA GONZÁLEZ

Cedula: 16.665.753

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía Fecha de

posesión o firma de contrato: 16 de enero de 2016.

LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO

Cédula: 94.308.346

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha posesión o firma de contrato: 19 de enero de 2016.

ADOLFO LEON APONTE GARCIA

Cédula: 16.614.411

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha posesión o firma de contrato: Entre el 12 de abril y el de mayo de 2018.

ANA MARIA BENJUMEA GIL

Cédula: 66.758.919

Cargo: Jefe Departamento Control de Energía

Fecha posesión o firma de contrato: 10 de agosto de 2018

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el presente Auto de conformidad con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011

ARTÍCULO TERCERO: Una vez notificada la imputación a los implicados descritos en el artículo primero del presente auto, córrase traslado por el término de diez -10- días hábiles siguientes a la notificación para que presenten los argumentos de defensa y las pruebas que pretendan hacer valer.

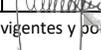
ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Santiago de Cali, a los 22 días del mes de mayo de dos mil veinticinco (2025).

LUZ ARIANNE ZÚÑIGA NAZARENO

Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal

	Nombre	Cargo	Firma
Proyectó	Francisco Felipe Guevara Arboleda	Profesional Universitario (P)	
Revisó	Caren Lizeth Palacios Buenaño	Subdirectora de Responsabilidad Fiscal	
Aprobó	Luz Arianne Zúñiga Nazareno	Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal	

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.