

1332



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE FALLA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – PROCEDIMIENTO ORDINARIO

AUTO No. 1600.20.10.24.003
mayo 10 de 2024

EXPEDIENTE No: 1600.20.10.18.1332

ASUNTO:

“En la vigencia 2017, se evidenció que EMCALI EICE ESP canceló la suma de \$ 117.099.641 por concepto de sanciones y/o multas ocasionados por la ocurrencia de silencios administrativos positivos, violación a la Convención Colectiva de Trabajadores, indebida notificación en cumplimiento de las Resoluciones emanadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, el SENA y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como se relaciona en el siguiente cuadro:

Cuadro No. 1 Relación de Sanciones y/o Multas en el año 2017
(Valores en pesos)

Causación	Número Soporte	Registro ptal	Nit/C.C.	Nombre Tercero	Resolución	Fecha	Valor
622198	483-2017	201705074	899999034	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	20160002510 CGP/VC	14/09/2016	104.000.000
615557	600-GAC-2017-0111	201703838	800176089	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-CENTRO DE CONTROL	SIC-43354	29/06/2016	10.341.825
615123	GUENE-0166-2017	201703749	800250984	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS	SSPD 20168500059455	13/12/2016	2.757.816
							117.099.641

Fuente: Respuesta Oficio No. 7300230992018

ENTIDAD AFECTADA: Empresas Municipales de Cali EMCALI EICE ESP

PRESUNTOS RESPONSABLES: LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ

CC. 31.165.382
Cargo. Gerente área de Gestión Humana y Administrativa, para la época de los hechos.

JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D)
CC. 94.460.250.
Cargo: Gerente de Emcali EICE E.S.P, para la época de los hechos.

CUANTÍA ANTES DEL FALLO: CIENTO CUATRO MILLONES DE PESOS (\$104.000.000) MCTE.

INSTANCIA: PROCESO DE DOBLE INSTANCIA

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE:

Compañía de Seguros ALLIANZ SEGUROS S.A NIT.860.026.182-5 - **PÓLIZA DE MANEJO ESTATAL** No. 21735511 - Con Vigencia 02/04/2015 a 19/04/2016, - Compañía de seguros: ALLIANZ SEGUROS S.A - con el 80%; y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con el 20%.

PÓLIZA DE MANEJO ESTATAL No. 21735511 - Con Vigencia 02/04/2015 a 19/04/2016, compañía de seguros: ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT: 860.002.400-2 con el 80%, y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en Coaseguro, con el 20%.

COMPETENCIA

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, es competente para proferir la presente actuación, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 268 numeral 5° en concordancia con el 272 de la Constitución Política de 1991, arts. 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, Acuerdo N° 0160 de 2005 y el Manual de Funciones, conforme a los siguientes

ANTECEDENTES

"El señor Contralor General de Santiago de Cali, doctor RICARDO RIVERA ARDILA, mediante oficio No. 0100.08.01.18.261 de JUNIO 20 de 2018, remite a la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal y sus respectivos soportes, elaborados por la Dirección Técnica ante EMCALI, correspondiente al Hallazgo Fiscal No. 32, Informe denominado AGEI REGULAR A LA GESTIÓN DE EMCALI, VIGENCIA 2017, con un presunto detrimento por \$117.099.641".

El Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, fue elaborado por la Dirección Técnica ante EMCALI, remitido a esta dependencia mediante oficio No. 0100.08.01.19.414, el 18 de octubre de 2019, por el Señor Contralor General de Santiago de Cali, doctor DIEGO MAURICIO LÓPEZ VALENCIA y, recibido en la Secretaría de la Dirección el 22 de octubre de 2019.

Con el referido Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal N° 32, se anexó CD, que contiene los soportes documentales remitidos por la Dirección técnica Ante EMCALI EICE E.S.P, los cuales se encuentran en REFERENCIA CRUZADA obrante a folio 5 del expediente y que constituyen prueba en la presente providencia y en

consecuencia tendrán su desarrollo probatorio en el capítulo de "PRUEBAS ", y "ANÁLISIS DE PRUEBAS" de la presente providencia.

**FUNDAMENTOS DE HECHO:
(Ley 610/00 Art. 41. 2)**

EMCALI EICE E.S.P., es sujeto de control fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 42 de 1993, artículo 3 y 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, que modificó los artículos 267, 268, 271, y 272 de la Constitución Política, señalando que: i) 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. Por ser sujeto de control, está sometido a la vigilancia de la gestión fiscal, por parte de la Contraloría General de Santiago de Cali.

En el ejercicio del Control Fiscal, la Dirección Técnica ante EMCALI EICE ESP evidenció que conforme a la Resolución No.2016002510 CGPIVC del día 14 de septiembre de 2016, el Ministerio del Trabajo impuso a EMCALI EICE ESP sanción de multa por valor de CIENTO TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$103.418.250.) a favor del SENA por desatender lo incorporado en la convención colectiva de trabajo vigente, respecto del tema de encargos laborales.

Dentro de los términos legales contra dicha Resolución, EMCALI presentó los recursos de reposición y apelación ante las autoridades competentes, definidos por las resoluciones No. 2017000483 del 22 de febrero de 2017 y 7076001-20170011889 del 11 de octubre de 2017, respectivamente, que confirmaron lo resuelto en la resolución recurrida.

El 22 de noviembre de 2017 mediante causación No.622198, se ordenó el pago de CIENTO CUATRO MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$104.000.000) a favor del SENA, de acuerdo a la decisión administrativa del Ministerio de Trabajo.

De conformidad con el resumen de los hechos de la Resolución No. 2016002510 CGPIVC, del Ministerio del Trabajo, la actuación se inició por solicitud de UNIÓN SINDICAL EMCALI EICE E.S.P, contra EMCALI EICE ESP, en la cual se enuncia en uno de los apartes del capítulo de "RESUMEN DE LOS HECHOS" lo siguiente:

*"(...) En el artículo 19 de la Convención vigente firmada entre las partes, se acordó en forma taxativa que "los encargos podrán ser hasta noventa (90) días calendario. Al cumplirse este plazo la casilla se someterá a concurso de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento de selección y enganche (...) Emcali con desconocimiento pleno de lo acordado en el artículo anterior, ha venido encargando en la casilla de Profesional Administrativo II, perteneciente al Departamento de Cobro Coactivo, por termino sucesivo de tres (3) meses en esa vacante a : Fabiola Salazar, quien pertenece a dicho departamento, a Sandro Zuluaga que no pertenece al Departamento de Cobro Coactivo y actualmente a Juliana Roso Silva, que tampoco pertenece a este Departamento, **violando la convención colectiva vigente**". (Folio 20 del expediente 1332)*

Y en el Capítulo de "PRUEBAS QUE FUNDAMENTAN LA DECISIÓN Y SU ANÁLISIS", la citada Resolución No.2016002510 CGPIVC, en uno de sus apartes

dijo:

"(...) Analizados los documentos allegados al expediente, en especial las hojas de vida visibles del folio 14 al folio 60 se evidencia que la señora María Eugenia Peláez, renunció dese el día 04 de diciembre de 2014 y desde entonces, dicha vacante se viene reemplazando mediante encargo, incumpléndose por parte del empleador, de esta manera, lo acordado en la convención colectiva artículo 19 vigente (...)" (Folios 22 y anverso del expediente 1332).

En las consideraciones de la resolución No.2017000483 del 22 de febrero de 2017, **POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN**, se consignó la siguiente información de los servidores arriba mencionados, en uno de sus apartes:

"(...)

1.- La señora RUTH FABIOLA SALAZAR SAMBONI, el 18 de Agosto de 2015, fue encargada por el término de treinta (30) días como PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II Área funcional Gestión Coactiva del Departamento de Cobro Coactivo de la Gerencia General de Emcali, en casilla vacante por renuncia de la señora María Eugenia Peláez, el 4 de diciembre de 2014.

2.- El señor SANDRO ZULUAGA SANTA, el 30 de 2 0 1 5 , fue encargado por el término de un (1) mes como P R O F E S I O N A L A D M I N I S T R A T I V O II Área Funcional Gestión Coactiva del Departamento de Cobro Coactivo de la Gerencia General de Emcali, en casilla vacante por renuncia de la señora María Eugeni Peláez, el 04 de diciembre de 2014.

3.- El señor SANDRO ZULUAGA SANTA, el 04 de Noviembre de 2015, fue encargado por el término de 2 meses como PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II ÁREA Funcional de Gestión Coactiva del Departamento de Cobro Coactivo de la Gerencia General de Emcali, en casilla vacante por renuncia de la señora María Eugenia Peláez, el 04 de diciembre de 2014.

4.- La señora JULIANA ROZO SILVA, el 08 de enero de 2016 a señora JULIANA ROZO S I L V A , el 08 de Enero de 2016, fue encargada por el término de tres (3) meses como PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II Área Funcional Gestión Coactiva del Departamento de Cobro Coactivo de la Gerencia General de Emcali, en casilla vacante por renuncia de la señora María Eugenia Peláez, el 4 de diciembre de 2014.

ASÍ LAS COSAS, COMO PUEDE EVIDENCIARSE, LA SEÑORA MARÍA EUGENIA PELÁEZ RENunció EL DÍA 04 DE DICIEMBRE DE 2014 y desde entonces, dicha vacante se viene reemplazando mediante encargo por más de noventa (90) días, esto es, por espacio de siete (7) meses incumpliendo con ello por parte del empleador, lo estipulado en el artículo 19 de la Convención Colectiva Vigente.

Reitera el Despacho, que según concepto 222182 del 23 de diciembre de 2014, emanado de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, se señala que "cuando una Convención Colectiva de trabajo se encuentra vigente en todas sus partes, el Empleador está obligado a cumplir con lo allí pactado. Lo anterior, en tanto una vez es signada por el Empleador y la correspondiente organización sindical es de obligatorio cumplimiento por ambas partes.

De modo que al encontrarse vigente una Convención Colectiva de Trabajo, está debe ser forzosamente atendida por las partes a efecto de regular las relaciones laborales existentes que resulten aplicables". (Folios 28 anverso y 29 del expediente s í la s cosas, como puede evidenciarse. la señora María Eugenia Peláez renunció el día 04 de diciembre de 2014 y desde entonces, dicha vacante se viene reemplazando mediante encargo por más de noventa (90) días, esto es, por espacio de siete (7) meses. Incumpliendo con ello por parte del Empleador. lo estipulado en el Artículo 19 de la Convención Colectiva Vigente. (...)"

1334

El Hallazgo Administrativo No. 32 con presunta incidencia Disciplinaria y Fiscal, obrante a página 1 al 4 del expediente – documento “FORMATO PARA TRASLADO DE HALLAZGO FISCAL A LA DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL” - del Informe “AUDITORIA Y MODALIDAD REGULAR” con fecha de inicio el día 2 de febrero de 2018 y fecha de terminación mayo 15 de 2018, dio lugar a que este Despacho de Responsabilidad Fiscal, ordenara la Apertura del PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – PROCEDIMIENTO ORDINARIO RADICADO BAJO EL AUTO No. 1600.20.10.19.006 DE ENERO 24 DE 2019, vinculando como presuntos responsables fiscales a los Dres. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ identificada con CC. 31.165.382 en su calidad de Gerente de Área de Gestión Humana y Administrativa, para la época de los hechos (vigencia 2015 – 2016), y el Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) en su calidad de Gerente General, para la época de los hechos, identificado con la CC. 94.460.250 (vigencia 23 de junio de 2015 al 12 de enero de 2016).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tendrá el despacho como fundamentos de derecho la siguiente normatividad:

Las señaladas por parte del equipo auditor en el TRASLADO DE FORMATO DE HALLAZGO FISCAL A LA DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL así:

“Presuntas normas vulneradas:

Lo anterior contraviniendo los principios de eficacia y economía establecidos en Constitución Política de Colombia, Artículos 209 y 267, principios de eficacia, eficiencia y economía consagrados en Ley 42 de 1993, artículo 8; Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios (...)”, artículo 158, subrogado por el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995, ámbito de aplicación de la figura del silencio administrativo positivo (...); Ley 610 de 2000, “Por la cual se establece los tramites de los procesos de responsabilidad fiscal de competencias de las Contralorías, articuló 3 y 6, Ley 1341 de 2009, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, Artículos 64, numeral 5; Ley 1712 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, artículo 3; Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, Artículo 34, Numeral 1 y artículo 35, numeral 1, artículo 48, numeral 49”.

Igualmente, este Despacho de Responsabilidad Fiscal, tendrá como fundamentos de derecho de la presente providencia los siguientes:

Artículo 6 de la Constitución Política que señala que: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores Públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

La misma Ley en su artículo 3° señala:

“Para 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.”

De conformidad con lo anterior el proceso de responsabilidad fiscal se entiende como el conjunto de actividades desarrolladas con el propósito de determinar responsabilidades que se deriven de la Gestión Fiscal de los servidores públicos, o de los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos del Estado, y que siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional se realiza con el propósito específico de la protección y garantía del patrimonio público, buscando la reparación de los daños que este haya podido sufrir, como consecuencia de la gestión fiscal irregular.

El artículo 53 de la ley 610 de 2000, establece que el funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal, al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y su actuación cuando menos con culpa artículo 54 reza que abra fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

La Sentencia S.U. 620 de noviembre 13 de 1996 de la Honorable Corte Constitucional Magistrado ponente Dr. ANTONIO BARRERA CARBONNELL

Doctrina Administrativa del tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDIA, en su obra *“COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL – TEORÍA GENERAL DEL PROCESO,*

Tomo I, Décimo cuarta edición 1996, Editorial ABC, página 38, sobre los procedimientos así predica:

“Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. (...)

“El principio de la verdad procesal. Entiéndase por verdad procesal la que surge del proceso es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra”.

Sentencia C- 840 de 2001 – Magistrado Ponente DR. JAIME ARAUJO RENTERIA

1335

Sentencia Consejo de Estado en Concepto Sala de Consulta C.E. 1716 de 2006 - Sala de Consulta y Servicio Civil - Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil seis (2006) Radicación No. 1716 - Referencia: Acción de repetición y proceso de responsabilidad fiscal.

Artículos 44 de la Ley 610 de 2000 – Vinculación del Garante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL SEGURO DE RESPONSABILIDAD, CULPA GRAVE SENTENCIA DEL 5 DE JULIO DE 2012.Exp. 0500131030082005-00425-01.

Concordante con los principios de la Gestión Fiscal como especie de la Función Administrativa, prescribe el artículo 209 de la Constitución Política:

*“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones**”.*

Ahora bien, teniendo como referente legal, jurisprudencial y doctrinal que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, y que los mismos constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que los procedimientos logren su finalidad, con la optimización del uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas, para el caso que nos ocupa estos principios se observan vulnerados.

Así mismo, la actividad del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa, se encuentra sometida en un todo a un imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley, precisamente fue adaptar la normatividad a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991, y entre otros consagró el de **LEGALIDAD**, debido proceso, igualdad, veamos que dijo el Alto Tribunal Constitucional sobre estos principios, los cuales se consideran vulnerados por la entidad secretaria de Infraestructura en el proceso contractual que nos ocupa:

“(…) Principio de Legalidad

(…) Un principio fundamental del Estado de Derecho es la racionalidad de la actuación de la Administración Pública. Es su norte. Su razón de ser es el poder reglado, ajeno a toda discrecionalidad y subjetividad en el ejercicio de la función pública. Solo así es posible garantizar los derechos y las libertades de los asociados; vale decir que la actividad de la Administración debe desarrollarse de manera controlada y responsable (...)” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671.

Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado (...), se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la Ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de

sus funciones., conforme lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 12 de la Constitución Política (...)

En un Estado de Derecho la actividad de la Administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; (...)

Se precisa que los principios constitucionales gozan de poder vinculante, así lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-126 de 1998, cuando expresó:

“Esta corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y “goza de poder vinculante en cuanto al sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma – sea de índole legislativa o de otro nivel – que desconozca o quebrante cualquiera de los fines señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

Esta disquisición sobre este catálogo de principios responde a la filosofía material que el ordenamiento jurídico le otorga a la Carta Política, como una derivación esencial de la cláusula del Estado Social de Derecho. Es decir que las normas jurídicas y el ejercicio de los postulados de la función pública y la función administrativa, deben estar orientados exclusivamente a la consecución de los fines que les son propios, y a garantizar los derechos fundamentales, mediante una actividad pública en la que prevalezca el criterio material o sustancial de las normas jurídicas sobre los simples efectos de mero carácter formal.

PRUEBAS

1. Obra a folios 1 al 4 del expediente, documento “*FORMATO PARA TRASLADO DE HALLAZGO FISCAL A LA DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL – HALLAZGO No. 32 DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA CN PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA Y FISCAL*”.
2. Obra a folio 5 del expediente, documento “*REFERENCIA CRUZADA – CONTENIDO DIGITAL DEL HALLAZGO*” Ruta de acervo probatorio hallazgo fiscal: T:\Dir_R_Fiscal\FUNCIONARIOS RESPONSABILIDAD FISCAL\WILLIAM PAYAN PELAEZ\EXPEDIENTES ASIGNADOS - 2020 - 2022\1332-18 (ALDEMAR) ORDINARIO - SANCIÓN EMCALI\H 32\F5.
3. Obra a folios 17 al 19 del expediente, documento “*Acta de Visita Especial*” – calendada 13 de diciembre de 2018.
4. Obra a folios 20 al 25 del expediente, documento “*Resolución No. 2016002510 CGPVC – Santiago de Cali, 14 de septiembre de 2016 – “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL*”.
5. Obra a folios 26 al 30 del expediente, documento “*Resolución No. 2017000483 DE 2017 – FEBRERO 22 DE 2017 – POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN*”.

1336

6. Obra a folios 31 al 33 del expediente, documento "RESOLUCIÓN No. 7076001 – 2017001889 – 11 DE OCTUBRE DE 2017 – POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE APELACIÓN".
7. Obra a folio 43 del expediente, documento "DIAGNOSTICO Y PRIORIZACIÓN DE NECESIDADES DE GESTIONAR TALENTO HUMANO".
8. Obra a folio 44 del expediente, documento "Memorando – 800 – GA- 001180 – 18 AGTO- 2015 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE 30 DÍAS – RUTH FABIOLA SALAZAR SAMBONI".
9. Obra a folio 45 del expediente, documento "Memorando – 800 – GA- 001469 – 30 SEPT- 2015 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE UN MES – SANDRO ZULUAGA SANTA".
10. Obra a folio 46 del expediente, documento "MEMORANDO – 800 – GA- 000034 – 08 ENE- 2016 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE 3 MESES – JULIANA ROSO SILVA".
11. Obra a folios 86 y 87 del expediente, documento "Resolución No. 001670 del 02 de sept. de 2014 de nombramiento y ACTA DE POSESIÓN No. 795", calendada 03 de septiembre de 2014, de la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ.
12. Obra a folios 89 al 94 del expediente, documento "RESOLUCIÓN No. GG. 001037 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2015 - MANUAL DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES - GERENTE DE ÁREA".
13. Obra a folios 167 y 169 del expediente, documento "DECRETO No. 4110.20.0445 de junio 23 de 2015" encargando con efectos fiscales a partir de la fecha y por tres (3) o hasta que se nombre el respectivo titular antes de ese tiempo, al Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES, identificado con la cedula de ciudadanía No. 94.460.250 y ACTA DE POSESIÓN No. 0382 – calendada 23 de junio de 2015".
14. Obra a folio 180 del expediente, documento "DECRETO No. 4110.20.0010 de enero 12 de 2016", nombramiento de la Dra. CRISTINA ARANGO OLAYA.
15. Obra a folios 201 y 202 del expediente, documento "AUTO No. 1600.20.10.19.006 – de Enero 24 de 2019 – POR MEDIO DEL CUAL SE CIERRA UNA INDAGACIÓN PRELIMINAR Y SE APERTURA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL".
16. Obra a folios 256 al 269 del expediente, documento "VERSIÓN LIBRE EXPEDIENTE 1600.20.10.18.1332 – JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES – (Q.E.P.D).
17. Obra a folios 270 al 285 del expediente, documento "RESOLUCIÓN No. GG – 000542 – MAYO 27 DE 2015 "POR MEDIO DEL CUAL SE DEFINE LA NORMATIVIDAD PARA LOS CONCEPTOS DE GASTO Y PAGO CON ÁMBITO DE APLICACIÓN DIFERENTE AL MANUAL DE CONTRATACIÓN Y SE ESTABLECE EL

USO DE LOS DOCUMENTOS ORDENADORES DE GASTO Y DEL PAGO EN EMCALI EICE E.S.P".

18. Obra a folios 289 – 304 del expediente, documento "VERSIÓN LIBRE Y SOLICITUD DE ARCHIVO – INVESTIGADA. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ – RADICADO: 1600.20.10.18.1332".
19. Obra a folios 306 al 397 del expediente, documentos donde se describen las gestiones administrativas realizadas por la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, que se dieron con ocasión de los hechos objeto de investigación.
20. Obra a folios 318 al 326 del expediente, documento "PRIORIZACIÓN NECESIDADES TALENTO HUMANO".
21. Obra a folios 332 – 333 del expediente, documento 2 ANEXO No. 6 – "FORMATO DONDE SE EVIDENCIA QUE LA GERENCIA GENERAL NO PRIORIZÓ NINGUNA VACANTE PARA QUE FUERA TENIDA EN CUENTA EN LA PRIMERA FASE".
22. Obra a folio 467 del expediente, documento "PODER" otorgado por la señora FRANCIA ELENA FLÓREZ ARCILA a la Dra. MARTHA CECILIA ARAGÓN, en calidad de representante del menor JOSÉ MAURICIO PACHÓN FLÓREZ, único hijo heredero del señor JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D).
23. Obra a folios 529 y 530 del expediente, documento "DECLARACIÓN TESTIMONIAL JURAMENTADA – MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ", calendada 07 de marzo de 2022.
24. Obra a folios 884 al 888 del expediente, documento "ARGUMENTOS DE DEFENSA" presentados por la Dra. MARTHA CECILIA ARAGÓN GARCÍA en su calidad de apoderada del menor JOSÉ MAURICIO PACHÓN FLÓREZ heredero del señor JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D).
25. Obra a folios 899 al 910 del expediente, documento escrito argumentos de defensa presentados por parte del representante legal de la Compañía de Seguros ALLIANZ SEGUROS S.A.
26. Obra a folios 911 al 928 del expediente, documento escrito argumentos de defensa presentados por parte del representante legal de la Compañía de Seguros LA PREVISORA.
27. Obra a folios 930 al 981 del expediente, documento "Descargos dentro del proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal", presentado por el Dr. ALEJANDRO ARIAS PÉREZ en su calidad de apoderado de la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ
28. Obra a folios 1.039 al 1.042 del expediente, documento "DILIGENCIA PRÁCTICA DE PRUEBA AUTO No. 1600.20.10.23.204 De noviembre 15 de 2023 – DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN HUMANA Y ORGANIZACIONAL". Hoy "UNIDAD GESTIÓN TALENTO HUMANO Y ORGANIZACIONAL DE EMCALI EICE ESP.

1337

29. Obra a folios 1.043 al 1.047 del expediente, documento "MEMORANDO CON CARÁCTER URGENTE No. 001859 DEL 1 DE NOVIEMBRE DE 2017".
30. Obra a folios 1.071 al 1.077 del expediente, documento "RESOLUCIÓN GG 000276 DEL 06 DE ABRIL DE 2015".
31. Obra a folios 1.078 y 1.079 del expediente, documento "TRAMITAR ENCARGOS" calendado 2022-05-11.
32. Obra a folio 1.080 del expediente, documento "Oficio No. 002992 – 04 Dic de 2014" dirigido a la señora MARÍA EUGENIA PELÁEZ ESTRADA – Cargo. Profesional Administrativo II – Área Funcional. GESTIÓN COACTIVA – Departamento de Cobro Coactivo – Gerencia General", aceptándole la renuncia al cargo para acogerse a l beneficio de pensión de vejez.
33. Obra a folios 1081 del expediente, documento "MEMORANDO 141 – DCC – 3531- 08 DE ABRIL 2015", dirigido a la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ por parte del Jede Departamento Cobro Coactivo – Asunto: Encargo Casilla Vacante Profesional Administrativo II, en solicitud de nombramiento en encargo de Profesional Administrativo II, a la funcionaria RUTH FABIOLA SALAZAR SAMBONI, adscrita al Departamento de Cobro Coactivo.
34. Obra a folios 1081 reverso del expediente, documento "MEMORANDO 141 – DCC – 5087- calendado 18 de junio de 2015", dirigido a la Dra. YOLANDA GUERRERO F – Gerente Área de Gestión Humana y Administrativa (E), por parte del Jede Departamento Cobro Coactivo – Asunto: Prorroga Encargo. Casilla Vacante Profesional Administrativo II, en solicitud de nombramiento en encargo de Profesional Administrativo II, a la funcionaria RUTH FABIOLA SALAZAR SAMBONI, adscrita al Departamento de Cobro Coactivo.
35. Obra a folios 1.083 al 1.089 del expediente, documento "RESOLUCIÓN No. GG.000963 DE JULIO DE 2008 – POR LA CUAL SE MODIFICA LA RESOLUCIÓN GG – 000879 DEL 05 DE SEPTIEMBRE DE 2007".
36. Obra a folios 1.090 al 1.100 del expediente, documento "PROCEDIMIENTO: SELECCIONAR Y VINCULAR TALENTO HUMANO – SUBPROCESO: GESTIONAR DESARROLLO DE PERSONAL".
37. Obra a folio 1.101 del expediente, documento "Correo electrónico – Asunto. Estado de la entrega de Ficha Técnica – DIAGNOSTICO Y PRIORIZACIÓN DE NECESIDADES DE GESTIONAR TALENTO HUMANO".
38. Obra a folios 1.104 y 1.105 del expediente, documento "ACTA No. 101 – JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI – AUDIENCIA INICIAL ART. 180 DE LA LEY 1437 DE 2011".
39. Obra a folios 1.106 al 1.118 del expediente, documento "RESOLUCIÓN No. SSPD – 20131300018945 DEL 24 DE JUNIO DE 2013 – Por la cual se ordena el levantamiento de la toma de Posesión de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP".

40. Obra a folios 1.119 y 1.120 del expediente, documento "ACTA DILIGENCIA PRÁCTICA DE PRUEBA AUTO No. 1600.20.10.23.204 del 15 de noviembre de 2023 – calendada enero 25 de 2024, realizada en las instalaciones de la Gerencia General de EMCALI EICE ESP".
41. Obra a folios 1.277 y 1.278 del expediente, documento "DECLARACIÓN TESTIMONIAL JURAMENTADA del señor JUAN DIEGO CESPEDES", en su calidad de Jefe del Departamento de Cobro Coactivo para la época de los hechos.
42. Obra a folios 1.279 y 1.280 del expediente, documento "DECLARACIÓN TESTIMONIAL JURAMENTADA de la señora CARMEN CILIA ROJAS GARZÓN", en su calidad de Profesional Administrativo I de EMCALI EICE ESP.
43. Obra a folio 1.281 del expediente, documento "DECLARACIÓN TESTIMONIAL JURAMENTADA señor GIOVANNI CESTAGALLI CALEANO", en su calidad de Auxiliar General de Oficina para la época de los hechos.
44. Obra a folios 1.288 y 1.289 del expediente, documento "DILIGENCIA DE PRUEBA AUTO No. 1600.20.10.23.204 DE NOVIEMBRE 15 DE 2024 – Diligencia llevada a cabo el día 11 de marzo de 2024 en las instalaciones de la UNIDAD DE RECAUDO Y GESTIÓN DE COBRO DE LA GERENCIA FINANCIERA – en otrora Departamento de Cobro Coactivo de EMCALI EICE ESP.
45. Obra a folios 1.290 al 1.299 del expediente, documento "INFORME DE GESTIÓN EJERCICIO 2016 – INFORME FINAL CONSOLIDADO DEL ESTADO DE CARTERA, EL RECAUDO ACUMULADO DEL AÑO Y OTRAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS DURANTE EL AÑO 2016.
46. Obra a folios 1.304 al 1.307 del expediente, documento "ACTA No. 02" calendada 07 de mayo de 2014 – Departamento de Cobro Coactivo – Tema: Entrega de Expedientes por parte de COVINOC – Plan de contingencia".

ANÁLISIS PROBATORIO

Partiendo de cada una de las pruebas obrantes en el expediente y que fueron aportadas por el equipo auditor, las decretadas y practicadas por el Despacho, las Versiones Libres rendidas por los presuntos responsables fiscales, los Argumentos de defensa rendidos por sus apoderados de confianza, los testimonios y las respectivas defensas realizadas por parte de las Apoderadas de las Compañías de Seguros vinculadas como terceros civilmente responsables, el Despacho abordará el estudio y análisis, respetando cada uno de los principios consagrados en la Ley 610 de agosto 15 de 2000, en especial los reglados por los artículos 22 al 32 y por la Ley 1474 de 2011, igualmente se tendrán en cuenta en la presente decisión la Jurisprudencia de las Altas Cortes, Constitucional y Consejo de Estado, como también los conceptos emitidos por la Contraloría General de la República como autoridad competente en materia fiscal.

En tal sentido procede este Despacho a realizar la apreciación integral de cada una de las pruebas, apreciándolas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional, así:

1338

De la prueba obrante a folios 1 al 4 del expediente, documento "FORMATO PARA TRASLADO DE HALLAZGO FISCAL A LA DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL – HALLAZGO No. 32 DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA Y FISCAL", se tiene que el equipo auditor señaló como presunto hallazgo fiscal lo siguiente:

"En la vigencia 2017, se evidenció que **EMCALI EICE ESP canceló la suma de \$ 117.099.641 por concepto de sanciones y/o multas ocasionadas por la ocurrencia de silencios administrativos positivos, violación a la Convención Colectiva de Trabajadores, indebida notificación en cumplimiento de las Resoluciones emanadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, el SENA y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como se relaciona en el siguiente cuadro:**

Cuadro No. 1 Relación de Sanciones y/o Multas en el año 2017
(Valores en pesos)

Causación	Número Soporte	Registro ptal	Nit/C.C.	Nombre Tercero	Resolución	Fecha	Valor
622198	483-2017	201705074	899999034	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	20160002510 CGPVC	14/09/2016	104.000.000
615557	600-GAC-2017-0111	201703838	800176089	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO- CENTRO DE CONTROL	SIC-43354	29/06/2016	10.341.825
615123	GUENE-0166-2017	201703749	800250984	SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS	SSPD 2016850005945 5	13/12/2016	2.757.816
							117.099.641

Fuente: Respuesta Oficio No. 7300230992018

(...)" (Negritas y subrayado propio para resaltar).

De lo consignado por parte del equipo auditor en la condición del hallazgo, se vislumbra claramente que el mismo obedece a la imposición de Sanción a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE ESP, con "MULTA DE CIENTO CINCUENTA (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a la suma de (\$103.418.250) CIENTO TRES MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL a favor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA (...)", por la violación de la Convención Colectiva de trabajadores, específicamente en su artículo 19, la cual consagro de manera taxativa lo siguiente:

"DURACIÓN MÁXIMA DEL ENCARGO. Los encargos podrán ser hasta de noventa (90) días calendario. Al cumplirse este plazo la casilla se someterá a concurso de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento de Selección y Encargos. Se exceptúan de este término las licencias, permisos sindicales, suspensiones,, detenciones preventivas, capacitaciones e incapacidades (...)" (Negritas y subrayado propio para resaltar).

Así mismo, de la prueba obrante a folio 5 del expediente, documento "REFERENCIA CRUZADA – CONTENIDO DIGITAL" Ruta de acervo probatorio hallazgo fiscal :T:\Dir_R Fiscal\FUNCIONARIOS RESPONSABILIDAD FISCAL\WILLIAM PAYAN PELAEZ\EXPEDIENTES ASIGNADOS - 2020 - 2022\1332-18

(ALDEMAR)ORDINARIO - SANCIÓN EMCALIH 32\F5, y específicamente la prueba obrante a folios 762 al 765 "RESPUESTA A OBSERVACIONES DE LA AGEI REGULAR 2017", este Despacho corroboró con los soportes documentales prueba, obrantes a folios 766 al 769 - "DOCUMENTO CUENTA POR PAGAR No. 622198 AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO NO. 483 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 POR VALOR DE \$104.000.000, CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL NO. 201705074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y REGISTRO PRESUPUESTAL NO. 115 - 201705514 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2017, RESOLUCIÓN No. 2016002510 CGPIVC PROFERIDA POR EL MINISTERIO DE TRABAJO - COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL - CALENDADA 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016", que EMCALI EICE E.S.P, canceló por concepto de "(...) multa impuesta por el Ministerio del Trabajo a favor de SENA (...)", la suma de CIENTO CUATRO MILLONES (\$104.000.000) MCTE.

De la prueba obrante a folios 17 al 19 del expediente, documento "ACTA DE VISITA ESPECIAL" - calendada 13 de diciembre de 2018, se desprende de lo consignado por parte de la funcionaria Dra. CARMEN CILIA ROJAS GARZÓN, quien ocupaba el cargo de Profesional Administrativo 1, de profesión abogada para la época de los hechos, y así lo ratifica, que:

"(...) La sanción fue del 14 de septiembre del 2016, los hechos se generaron en tres encargos que se hicieron entre abril de 2015 y 2016. Los encargos los realizó la Gerencia de área de Gestión Humana y Activos, antes Gerencia de Área de Gestión Humana y Administrativa, la sanción fue no convocar a concurso ese cargo después de los 90 días de haberse realizado el encargo, como indica la Convención Colectiva. Las Gerencias son las que determinan sus necesidades de la provisión de los cargos vacantes, se priorizan conforme a su necesidad y a las partidas presupuestales con las que cuenta cada una de ellas, es por ello que para efecto de racionalizar recursos y trámites, se realiza una sola convocatoria para varios cargos, proceso que se realiza a través de la Gerencia de Gestión Humana y Activos (...) Fue la situación que se presentó con el cargo motivo de sanción, que era el cargo de profesional administrativo II, el cual se sacó a concurso en el año 2016 oportunidad en la cual se publicaron 13 convocatorias para proveer 15 casillas vacantes de las diferentes gerencias, convocatoria dentro de la cual estuvo el profesional administrativo II para el departamento de cobro coactivo que fuera objeto de la sanción (...)"

Así mismo, es de anotar que en la citada Resolución No. 2016002510 CGPIVC, obrante a folios 20 al 25 del expediente, entre las consideraciones que tuvo el Ministerio de Trabajo para sancionar a EMCALI EICE E.S.P, entre otras se manifiesta en el capítulo de "PRUEBAS QUE FUNDAMENTAN LA DECISIÓN Y SU ANÁLISIS", consideró lo siguiente: (Ver folios 22 y anverso del expediente)

"(...) Analizados los documentos allegados al expediente, en especial las hojas de vida visibles del folio 14 al folio 60 se evidencia que la señora María Eugenia Peláez, renunció desde el 04 de diciembre de 2014 y desde entonces, dicha vacante se viene reemplazando mediante encargo, incumpléndose por parte del empleador, de esta manera, lo acordado en la convención colectiva art. 19 vigente"

(...)"

En tal sentido, y acatando el debido proceso, el Ministerio del Trabajo, mediante "RESOLUCIÓN No. 2017000483 DE 2017 - FEBRERO 22 DE 2017 - POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN", obrante a folios 26 al 30, dijo lo siguiente en uno de sus apartes:

1339

"(...) Así las cosas, como puede evidenciarse, la señora María Eugenia Peláez renunció el día 04 de diciembre de 2014 y desde entonces, dicha vacante se viene reemplazando mediante encargo por más de noventa (90) días, esto es, por espacio de siete (07) meses, incumpliendo con ello por parte del Empleador, lo estipulado en el artículo 19 de la Convención Colectiva Vigente.

Reitera el Despacho, que según concepto 222182 del 23 de diciembre de 2014, emanado de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Trabajo, se señala que: "cuando una Convención Colectiva de Trabajo se encuentra vigente en todas sus partes, el Empleador está obligado a cumplir con lo allí pactado. Lo anterior, en tanto una vez es signada por el Empleador y la correspondiente organización sindical es de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

De modo que al encontrarse vigente una Convención Colectiva de Trabajo, ésta debe ser forzosamente atendida por las partes a efecto de regular las relaciones laborales existentes que resulten aplicables".

Y más adelante agrega: (folios 29 y 29 anverso del expediente).

"(...) Nótese que el Acto Administrativo que nos ocupa, fue expedido el día 14 de septiembre de 2016 y de acuerdo a las probanzas allegadas con este memorial, la convocatoria a concurso 2016, se publicó los días 05 y 06 de octubre de 2016, es decir, después de haberse proferido la Providencia Sancionatoria (...)"

Por último, frente al análisis que conlleva este aparte de la providencia al Despacho de Responsabilidad Fiscal, es menester traer a colación, el documento "RESPUESTA A OBSERVACIONES DE LA AGEI REGULAR 2017", obrante a folios 762 al 765 del expediente, en donde la entidad dijo lo siguiente en uno de sus partes:

"Respuesta EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

1 - Gerencia Gestión Humana y Activos

Frente a la observación 34 del informe Preliminar de Auditoría Gubernamental 2017 se comunica por parte de la Gerencia de Área de Gestión Humana y Activos, por ser un tema relacionada con ésta, sobre la multa impuesta por el Ministerio del Trabajo a favor del SENA por la suma de de \$104.000.000, aduciéndose violación a la convención Colectiva de Trabajadores, la que se detalla a continuación:

Causación	Número Soporte	Registro ptal	Nit/C.C	Nombre Tercero	Resolución	Fecha
622198	483-2017	201705074	899999034	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	20160002510 CGPIVC	14/09/2016

Respetuosamente se solicita a la Contraloría General de Santiago de Cali se retire el hallazgo consignado en esta observación, toda vez que éste versa sobre el pago que realizó EMCALI por concepto de multa impuesta por el Ministerio del Trabajo a favor de SENA, acto administrativo frente al cual la Gerencia de Área de Gestión Humana y Activos solicitó a la Dirección Jurídica a través de oficio 800-GAGHA-001859 de noviembre 01 de 2017 se determinara la pertinencia de demandar la Resolución sancionatoria 20160002510 CGPIVC del 14 de septiembre de 2016.

(...)

Negrillas y subrayado propio, para resaltar)

Consideraciones de EMCALI frente a la queja:

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL

La Corte Constitucional con respecto al derecho de la negociación colectiva al revisar la constitucionalidad del artículo 479 referido a la denuncia de la convención colectiva de trabajo en sentencia C- 1050 de 2001 se indica:

“El derecho colectivo del trabajo está llamado a interpretarse a la luz del principio de armonización concreta de derechos e intereses constitucionales en las relaciones entre trabajadores y patronos. El ejercicio de dichos derechos e intereses no puede, en consecuencia, significar la anulación de otros que le sean contrarios, más aún cuando es finalidad constitucional promover la solución pacífica de los conflictos colectivos del trabajo. Este principio de hermenéutica constitucional se aplica en toda su amplitud en el ámbito del derecho colectivo del trabajo.” (Negrillas y subrayado por fuera de texto).

En el presente caso, existe una discusión jurídica sobre la aplicación de una disposición convencional y como bien sabe, las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las cláusulas de toda Convención Colectiva de Trabajo deben ser llevadas ante la jurisdicción laboral, mediante las acciones previstas en el ordenamiento respectivo, como lo señala el artículo 2º. del Código Procesal del Trabajo, donde debe debatirse las actuaciones de las partes vinculadas mediante pactos o acuerdos laborales colectivos, así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-367 de 2003. (...).

Acciones frente a la sanción del Ministerio del Trabajo

Desde la comunicación de la apertura del Acto administrativo EMCALI EICE ESP adelantó todos los trámites encaminados a ejercer la defensa en sus diferentes etapas: indagación preliminar, formulación de cargos, decisión sancionatoria frente a los cuales se interpusieron los recursos de reposición y apelación, como se puede evidenciar en los actos administrativo proferidos que se detallan a continuación:

- Resolución No. 7076001-2017001889 de octubre 11 de 2017- Resuelve recurso de apelación
- Resolución 201700483 de febrero 22 de 2017- Resuelve Recurso de Reposición
- Resolución 2016002510 CGPVC de septiembre 14 de 2016- decide investigación administrativa laboral
- Memorial de Descargos de julio 06 de 2017

ANEXOS

(...)

Fuente: Carmen Cilia Rojas – Profesional Administrativo I – Despacho GAGHA (...).

De las pruebas antes en cita, empezando desde la configuración del HALLAZGO No. 32 DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA Y FISCAL, y pasando por la Resolución No. 2016002510 CGPVC Proferida Por el Ministerio de Trabajo – Coordinación Grupo De Prevención Inspección, Vigilancia y Control, la Resolución No. 2017000483 DE 2017 – febrero 22 de 2017 – “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN”, el Acta de Visita Especial calendada 13 de diciembre de 2018, la respuesta dada por la entidad a la Observación, se desprende y así ha quedado

1340

consignado en cada uno de estos actos, que la irregularidad administrativa fiscal obedece como ya se dijo, a la imposición de la Sanción de multa por parte del Ministerio de Trabajo – Coordinación Grupo De Prevención Inspección, Vigilancia y Control.

En tal sentido, es menester traer para referencia, apartes de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República como autoridad en materia fiscal, y en lo relacionado con la línea temática de multas y sanciones administrativas, veamos que dijo el ente de Control Fiscal, no sin antes citar el artículo 6º de la Ley 610 de agosto 15 de 2000 que reza:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, 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.(...)”.

Obsérvese como de lo señalado por el citado artículo 6º, se desprende que el daño patrimonial al estado se produce con ocasión del menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, entre otros, de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, situación esta, que se encuentra configurada a través del pago de la multa que realizó EMCALI EICE ESP, con ocasión del incumplimiento de la Convención Colectiva de Trabajo de EMCALI, dando esto lugar a una erogación u gasto injustificado donde queda claro que dicho gasto implicó una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad, por el cual debe responder el gestor fiscal.

“(...) Posición de las altas cortes en torno a las multas y la responsabilidad fiscal - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Ref.: Expediente 850012331000200600390 - Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., tres de abril de dos mil catorce. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

El Consejo de Estado en Sentencia del 3 de abril de 2014 sobre el tema de las declaraciones tributarias y responsabilidad fiscal afirmó:

Es claro, entonces, que la omisión de los deberes tributarios de declarar y consignar lo retenido configura un detrimento patrimonial para el agente retenedor, habida cuenta de los mayores valores que por concepto de intereses y sanciones se han de generar a su cargo hasta el momento en que se cumplan las respectivas obligaciones. (...). SNFT.

En este orden de ideas, es de inferir que la generación del daño patrimonial al Estado se gesta a partir del instante en que el agente retenedor omite presentar la declaración de retención en la fuente y la consignación de los dineros retenidos en la fecha límite fijada para cada periodo. (...). SNFT.

La Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá, D. C, quince (15) de noviembre de dos mil siete (2007) Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852), en torno al daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos sostuvo:

En materia de responsabilidad fiscal, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión

antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la Ley 610 de 2000).

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

El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el Decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se **pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas** por las entidades u organismos públicos. SNFT.

En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el Concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por "los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la **demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos**"

Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto **de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal**, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos, sino como un **gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho gestor fiscal.** En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona. SNFT. (...)."

De lo anterior, se colige que en el caso objeto de investigación nos encontramos indubitablemente frente a un daño patrimonial, en donde su certeza se traduce en el pago realizado por EMCALI EICE ESP, de la Multa impuesta por el MINISTERIO DE TRABAJO – COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, pago realizado mediante: "DOCUMENTO CUENTA POR PAGAR No. 622198 AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO NO. 483 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 POR VALOR DE \$104.000.000, CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL NO. 201705074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y REGISTRO PRESUPUESTAL NO. 115 – 201705514 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2017, prueba obrante a folio 5 del expediente, documento "REFERENCIA CRUZADA – CONTENIDO DIGITAL" Ruta de acervo probatorio hallazgo fiscal :T:\Dir_R_Fiscal\FUNCIONARIOS RESPONSABILIDAD FISCAL\WILLIAM PAYAN PÉLAEZ\EXPEDIENTES ASIGNADOS - 2020 - 2022\1332-18, en donde los gestores fiscales involucrados con su actuar omisivo, desconocieron preceptos normativos como fue el principio de legalidad, principio fundante de las actuaciones de los servidores públicos, al vulnerar el artículo 19 de la Convención Colectiva de trabajadores, conllevando al pago de la Multa por valor de \$104.000.000, veamos que dijo el citado precepto convencional:

"DURACIÓN MÁXIMA DEL ENCARGO. Los encargos **podrán ser hasta de noventa (90) días calendario.** Al cumplirse este plazo la casilla se someterá a concurso de acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento de Selección y Encargos. Se exceptúan de este término las licencias, permisos sindicales, suspensiones,,"

1341

detenciones preventivas, capacitaciones e incapacidades (...). (Negrillas y subrayado propio para resaltar).

Sobre la responsabilidad por omisiones en las funciones asignadas, la sala de lo contencioso administrativo sección tercera, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008) No. interno: 16310, dijo:

"Son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: EN PRIMER TÉRMINO, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; Y, EN SEGUNDO LUGAR, la virtualidad jurídica que habría tenido el cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando- de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta".

En el caso objeto de investigación, se cumplen los dos elementos citados por el Alto Tribunal Administrativo, cual es: La existencia de la obligación atribuida por mandato convencional, y la no interrupción de la producción del daño patrimonial, en tal sentido es evidente que nos encontramos ante la vulneración del principio de legalidad antes en cita.

Así mismo, la actividad del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa, se encuentra sometida en un todo a un imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley, precisamente fue adaptar la normatividad a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991, y entre otros consagró el de **LEGALIDAD**, debido proceso, igualdad, veamos que dijo el Alto Tribunal Constitucional sobre estos principios, los cuales se consideran vulnerados por los ya citados presuntos responsables fiscales:

"(...) Principio de Legalidad

(...) Un principio fundamental del Estado de Derecho es la racionalidad de la actuación de la Administración Pública. Es su norte. Su razón de ser es el poder reglado, ajeno a toda discrecionalidad y subjetividad en el ejercicio de la función pública. Solo así es posible garantizar los derechos y las libertades de los asociados; vale decir que la actividad de la Administración debe desarrollarse de manera controlada y responsable (...)" Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de julio de 1993, Exp. 5671.

Así, está por fuera de discusión que las actuaciones del Estado (...), se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la Ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones., conforme lo dispuesto en los artículos 6º, 121 y 12 de la Constitución Política (...)

En un Estado de Derecho la actividad de la Administración está determinada por un principio de legalidad, el que, al tiempo que le otorga prerrogativas le impone también sujeciones; (...)

Ahora bien, demostrado la existencia del elemento daño patrimonial, como presupuesto que dió inicio al Proceso de Responsabilidad Fiscal, queda a este

Despacho, verificar la existencia del elemento Culpa Grave y el nexo causal para finalmente determinar si en el caso objeto de investigación hay lugar a fallar con o sin responsabilidad fiscal.

Es así como obra a folios 762 al 765 del expediente, documento “*Respuesta a observaciones de la AGEI Regular 2017*”, en donde la entidad dijo lo siguiente en uno de sus partes:

“(…) Acciones frente a la sanción del Ministerio del Trabajo

Desde la comunicación de la apertura del Acto administrativo EMCALI EICE ESP adelantó todos los trámites encaminados a ejercer la defensa en sus diferentes etapas: indagación preliminar, formulación de cargos, decisión sancionatoria frente a los cuales se interpusieron los recursos de reposición y apelación, como se puede evidenciar en los actos administrativo-proferidos que se detallan a continuación:

- Resolución No. 7076001-2017001889 de octubre 11 de 2017- Resuelve recurso de apelación
- Resolución 201700483 de febrero 22 de 2017- Resuelve Recurso de Reposición
- Resolución 2016002510 CGPIVC de septiembre 14 de 2016- decide investigación administrativa laboral
- Memorial de Descargos de julio 06 de 2017

(…)”.

Igualmente obra a folios 21 al 25 del expediente, documento “*Resolución No. 2016002510 CGPIVC – Santiago de Cali, 14 de septiembre de 2016 – “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UNA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL*”, en donde la Autoridad Administrativa en uno de sus apartes (art. Séptimo) del “*RESUMEN DE LOS HECHOS*”, consigna:

“(…) Agrega el libelista, “si bien la norma convencional establece un término para la provisión de los cargos, su aplicación no puede ser ajena a la realidad de la empresa y a circunstancias fácticas por todos conocidas como la intervención por la Superintendencia de Servicios Públicos por más de 13 años, el levantamiento de la medida de toma de posesión decidida en junio de 2013, la designación en encargos de su representante legal hasta enero de 2016 cuando se nombra en propiedad a quien dirigirá la Empresa con el compromiso de sortear una situación financiera de EMCALI que está al límite, con una deuda que representa al año \$187.000 millones entre intereses y capital, la cual fue recientemente refinanciada (...)

“Todo este escenario influyó en la realización de la convocatoria a concurso de las casillas vacantes de la planta de personal, (sic), que no está circunscrita solo a la de Profesional Administrativo II, motivo de la queja (...)”.

Del mismo modo, obra a folios 31 al 33 del expediente, documento “*RESOLUCIÓN No. 7076001 – 2017001889 – 11 de octubre de 2017 – “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE APELACIÓN*”, en el que se observa que la autoridad administrativa laboral de cierre en sede administrativa, para resolver el recurso de alzada, CONFIRMA la Resolución No. 2016002510 CGPIVC del 14 de septiembre de 2016, en lo relacionado con la imposición de la Multa por valor de \$104.000.000 a favor del SENA, por incumplimiento del artículo 19 de la Convención Colectiva del Trabajo, hace su análisis entre otros, en el sentido que:

“(…) En cuanto a la defensa del recurrente, en el sentido de que la empresa, hizo las convocatorias los días 05 y 06 de octubre de 2016, para proveer 15 casillas vacantes de diferentes cargos y Gerencias de las Unidades Estratégicas y Gerencias de Área de

1342

la empresa así: ... GERENCIA GENERAL – DEPARTAMENTO COBRO COACTIVO – CARGO PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II – CANTIDAD DE VACANTES 1, entre los cuales se encuentra la de Profesional Administrativo II del Departamento de Cobro Coactivo adscrito a la Gerencia General, por la que se inició la investigación, TAMBIÉN LO ES QUE YA SE HABÍA INFRINGIDO LA NORMA, ES MÁS FUE POSTERIOR A LA RESOLUCIÓN DE SANCIÓN (...)

Por último, referente a la interpretación de la Convención Colectiva de Trabajo, es cierto que es competencia de la Justicia Ordinaria, **PERO EN EL PRESENTE CASO REITERA DE LA LECTURA DE LA CONVENCION FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS, SE DEMUESTRA LA VIOLACION** (...). (Mayúsculas, negrilla y subrayado propio para resaltar)

Situaciones estás (“(...) realidad de la empresa y a circunstancias fácticas por todos conocidas como la intervención por la Superintendencia de Servicios Públicos por más de 13 años – “(...) pero en el presente caso reitera de la lectura de la convención frente a las pruebas aportadas, se demuestra la violación), que este Despacho de Responsabilidad Fiscal pudo verificar a través de la prueba obrante a folios 1.106 al 1.118 del expediente, documento “RESOLUCIÓN No. SSPD – 20131300018945 DEL 24 DE JUNIO DE 2013 – Por la cual se ordena el levantamiento de la toma de Posesión de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP”, la cual trajo consigo una serie de responsabilidades a las cuales se debía la entidad EMCALI EICE ESP con ocasión del citado levantamiento de la toma de posesión.

Situación igual relevante entorno a las circunstancias que conllevaron a EMCALI EICE ESP al incumplimiento de la norma convencional (art. 19), se encuentra demostrada en la prueba obrante a folios 1.304 al 1.307 del expediente, documento “ACTA No. 02” calendada 07 de mayo de 2014 – Departamento de Cobro Coactivo – Tema: Entrega de Expedientes por parte de COVINOC – Plan de contingencia”, en donde en uno de sus apartes se deja consignado lo siguiente:

“(...) Manifiesta el Dr. Juan Diego Céspedes, que al gestor externo Covinoc, se le terminó el contrato el 31 de diciembre de 2013, pero tiene cuatro meses para entregar todos los expedientes que han judicializado hasta el mes de noviembre de 2013. Se espera que sean más o menos 20.000 expedientes los que llegaran y es necesario tomar medidas con respecto al archivo de estos, pues no tenemos un sitio especial para organizarlos.

Que no podemos sacar carpetas y archivarlas en el archivo central, hasta que se revise cada una y que esta labor le tocaría a Jonatán Herrera (...) para recibir los expedientes que llegarían de Covinoc, en físico y virtual (disco duro) (...)

La situación presentada con el contrato con Covinoc, fue ratificada en Declaración Testimonial juramentada rendida ante este Despacho el día 28 de febrero de 2024 por parte del Dr. JUAN DIEGO CÉSPEDES en su calidad de Jefe del Departamento de Cobro Coactivo para la época de los hechos, como también de la prueba practicada “Inspección documental dentro de EMCALI EICE E.S.P – Auto No. 1600.20.10.23.204”, el día 23 de enero de 2024 – UNIDAD GESTIÓN TALENTO HUMANO Y ORGANIZACIONAL ANTES DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN HUMANA Y ORGANIZACIONAL, (ver folios 1039 al 1042), en donde el Dr. CÉSPEDES al ser interrogado sobre los siguientes hechos que ocupan la presente investigación dijo lo siguiente:

“(...) PREGUNTADO: Por favor describa ante el despacho cual era el nivel de trabajo o actividades del departamento de cobro coactivo, mientras usted ejercía como jefe del

departamento, especialmente a partir de la entrega de COVINOC y la emisión de la Resolución 1843 de octubre de 2014, donde se amplió no solo el cobro de servicios públicos domiciliarios, sino los conexos los domiciliarios, como telefonía conmutada, internet, imposición de sanciones disciplinarias, valorización por contribución, cobro de cuotas partes e incapacidades, asuntos laborales y de seguridad social. CONTESTO: Justamente como hace referencia en la pregunta, hay 2 coyunturas que acontecieron en el transcurso del tiempo de los hechos materia de investigación, la primera que refiere a la devolución de más de 23 mil expedientes del gestor externo COVINOC, para ser asumidas nuevamente por la entidad, si bien el contrato finaliza justo antes de tomar posesión en ese cargo, las actuaciones dentro de los expedientes estaban a espera de ser surtidas. Por ende, pasó la entidad de tener 6 mil expedientes a 29 mil expedientes promedio. Con esto puede imaginarse que el trabajo casi que se quintuplico, por lo que fue necesario advertir un plan de choque de modo que no se viera la entidad en pérdidas financieras de alto riesgo, como pudo haber sido la caducidad de las acciones de cobro y vencimiento de términos en las actuaciones pendientes. El segundo punto de la coyuntura, es que no bastó con que hubiese esa nueva demanda de expedientes a causa de la terminación del contrato, sino que además, por las mismas fechas, le fue adjudicado la competencia a esta jefatura del cobro de obligaciones conexas a los servicios públicos, internet, otros servicios de comunicaciones, acreencias laborales, sanciones disciplinarias entre otras, que obligaron a ser extremadamente eficientes y adoptar las medidas que hubiere lugar en aras de garantizar la oportunidad de cobro y disminuir el riesgo financiero en las operaciones de la entidad. PREGUNTADO: Señale por favor. ¿De qué manera la falta de personal en el área que usted manejaba, que genero la necesidad de prórroga de los encargos de personas expertas en cobro coactivo, afectaba la gestión y resultados de la dependencia? CONTESTO: Es de tener en cuenta, que en el plan de choque como el que se advirtió en la pregunta 1, se debía salvaguardar la seguridad económica, por lo que el tiempo que se perdiera con variaciones en el personal partiendo de la especialidad del tema, aumentaba el riesgo y dificultaba la gestión del cobro, puesto que las curvas de aprendizaje y capacitación del nuevo personal, restaba tiempo necesario en las acciones pendientes; tanto es así, que incluso por ese tiempo, la Gerencia Administrativa en cabeza de la Dra Liliana Ortiz De la Cruz, trasladó personal de otras áreas, que previamente ya habían tenido experiencia en cobro coactivo, e incluso, se contrató personal adicional, siendo inicialmente 6 abogados de PS, a un promedio de 13 abogados. Recuerdo, además, que se reforzó el área con algunas vacantes que no estaban provistas en su momento con personal capacitado que ayudaba a adelantar las acciones y atender el plan de choque. Cabe agregar, además, que, de las 6 personas nombradas en mi área, 3 de ellos, gozaban de permiso permanente de las organizaciones sindicales, haciendo más gravosa la necesidad y más imperiosa la decisión de requerir de mayor personal capacitado posible, lo que evitó el vencimiento de plazos y promovió los cobros oportunos (...).

Del mismo modo, la situación presentada administrativamente y con el Contrato con COVINOC, fue aseverada por parte de la Dra. CARMEN CECILIA CORREA, adscrita a la UNIDAD GESTIÓN TALENTO HUMANO Y ORGANIZACIONAL ANTES DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN HUMANA Y ORGANIZACIONAL, en la diligencia de inspección documental, obrante a folios 1039 al 1042 del expediente, quien dio a conocer a este Despacho, la forma como se produjo el proceso de encargos que ocupan la presente investigación, y sobre la complejidad y necesidad que se tenía para la época de los hechos de la provisión del encargo, así fuera con la figura de encargo que finalmente permitió atender la necesidad de la gestión del área, como se puede observar de las manifestaciones que han precedido este aparte de la providencia.

La situación anterior, se encuentra justificada en el expediente a folios 1290 al 1299 a través del documento "INFORME DE GESTIÓN EJERCICIO 2016 - INFORME FINAL CONSOLIDADO DEL ESTADO DE CARTERA, EL RECAUDO ACUMULADO DEL AÑO Y OTRAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS DURANTE EL AÑO 2016",

1343

signado por el Dr. JUAN DIEGO CESPEDES LÓPEZ en su calidad de Jefe Departamento de Cobro Coactivo, en donde en uno de sus apartes se consigna:

"NUEVOS COBROS:

Por medio de la Resolución 1842 del 22 de octubre de 2014 se asignó al Departamento de Cobro Coactivo la función de coordinar y adelantar el Procedimiento Administrativo de cobro Coactivo a las obligaciones a favor por concepto de servicios públicos domiciliarios, no domiciliarios, servicios conexos, sanciones disciplinarias, valorización por contribución, recobro de cuotas partes e incapacidades laborales y de seguridad social.

Con corte al 31 de diciembre de 2016 el Departamento de Cobro Coactivo cuenta con 61.680 suscriptores judicializados y con una cartera que asciende a \$80.343.302.062 (...)

De lo manifestado por el citado Dr. CÉSPEDES, bajo la gravedad del juramento, lo consignado en el informe de Gestión Ejercicio 2016, y lo manifestado por los Dres. JULIÁN ENRIQUE CUERO y la Dra. CARMEN CECILIA CORREA, funcionarios de EMCALI que atendieron la diligencia de práctica de pruebas, y los documentos prueba aportados, queda claro para este Despacho, que EMCALI EICE ESP para la época objeto de los hechos investigados, pasaba por unas circunstancias administrativas excepcionales y difíciles de controlar, dado no solo por el levantamiento de la toma de posesión de las empresas municipales de Cali EMCALI EICE ESP (24 DE JUNIO DE 2013), sino también por la terminación del contrato con Covinoc el 31 de diciembre de 2013.

Del mismo modo, se evidencia la situación excepcional por la que pasaba la entidad, en prueba obrante a folios 1288 y 1289 del expediente, documento "DILIGENCIA DE PRUEBA AUTO No. 1600.20.10.23.204 DE NOVIEMBRE 15 DE 2023 – Diligencia llevada a cabo el día 11 de marzo de 2024 en las instalaciones de la UNIDAD DE RECAUDO Y GESTIÓN DE COBRO DE LA GERENCIA FINANCIERA – en otrora Departamento de Cobro Coactivo de EMCALI EICE ESP", donde al ser interrogada la Dra. LILIAN RAMÍREZ abogada adscrita a la citada Unidad de Recaudo, dijo en uno de sus apartes lo siguiente:

"(...)El despacho concede el uso de la palabra la DRA LILIAN MANIFIESTA quien manifiesta lo siguiente en cuanto a la cantidad de personal existente en su momento para atender el proceso de cobro coactivo teniendo en cuenta el volumen físico que reposaba en el área, para la época de los hechos se contaba con 3 profesionales oficiales (abogados), que cumplían gestiones entre esas uno en el proceso concursal y el otro que hacía gestión coactiva y externa para un volumen aproximado de 7.000 procesos, igualmente se contaba con 1 abogada que realizaba la gestión de cobro coactivo, resolver excepciones y peticiones los demás abogados aproximadamente 10 realizaban gestión de impulso y sustanciar los procesos. En este momento para la época de los hechos EMCALI pasó de manejar aproximadamente 7.000 procesos a pasar a manejar 25.000 aproximadamente, dada la transición de la finalización del contrato con COVINOC, generando para el proceso traumatismo por la incapacidad humana profesional para atender y responder a dicho proceso, lo cual implicaba riesgos propios del proceso cobro coactivo tales como pago efectivo, existencia de acuerdo de pago, falta de ejecutoria del título entre otras, cuando ya estaba iniciado el proceso implica que la persona que esté dentro del proceso debe de tener una preparación para análisis del sistema comercial OPEN MART FLEX el cual contiene información de los suscriptores y/o contratos y para ello tiene formas para análisis las facturas y los valores contenidos en ella, igualmente los procedimientos de la empresa frente a cada cliente, es decir visitas cuando lo mismo se encuentran en proceso de ejecución o cobro persuasivo, suspensión de los contratos por falta de pago y se deja una trazabilidad en el sistema

cuando los mismos se encuentran en posibles fraudes e igualmente cuando el cobro es por consumo se analiza para realizar saneamientos y ejecutar los valores reales, situaciones estas que implican preparación, manejo del sistema, experiencia en el manejo de las formas del mismo para tener claridad sobre lo que se está cobrando, por ello el profesional que se encuentre o se vaya a encontrar adscrito al área debe de capacitarse en ejecución del mismo, y por eso contar con un funcionario que ya tuviera esta experiencia era primordial dentro del proceso (...)."

Es de anotar que para la época en que se realizan los encargos:

"MEMORANDO – 800 – GA- 001180 – 18 AGTO- 2015 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE 30 DÍAS – RUTH FABIOLA SALAZAR SAMBONI, CARGO: PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, ÁREA FUNCIONAL: GESTIÓN COACTIVA – DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO DE LA GERENCIA GENERAL - MEMORANDO – 800 – GA- 001469 – 30 SEPT- 2015 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE UN MES – SANDRO ZULUAGA SANTA - CARGO: PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, ÁREA FUNCIONAL: GESTIÓN COACTIVA – DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO DE LA GERENCIA GENERAL - MEMORANDO – 800 – GA- 000034 – 08 ENE- 2016 – ASUNTO. ENCARGO POR TERMINO DE 3 MESES – JULIANA ROSO SILVA - CARGO: PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, ÁREA FUNCIONAL: GESTIÓN COACTIVA – DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO DE LA GERENCIA GENERAL", respectivamente, con los cuales se está justificando las fechas en que EMCALI EICE ESP realizó los encargos antes señalados para el cargo de PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, ÁREA FUNCIONAL: GESTIÓN COACTIVA – DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO DE LA GERENCIA GENERAL... (Ver folios 44, 45, 46 del expediente).

De la prueba obrante a folio 43 del expediente, documento **"DIAGNOSTICO Y PRIORIZACIÓN DE NECESIDADES DE GESTIÓN TALENTO HUMANO"**, se evidencia por parte de este Despacho que el cargo de **"PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II – CASILLA VACANTE DESDE 04 DE DICIEMBRE 2014 - DEPENDENCIA SOLICITANTE: DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO – GERENCIA SOLICITANTE: GERENCIA GENERAL"**, el mismo fue priorizado bajo la calificación de 3, que corresponde a un criterio de Alto, priorización esta que lo connotaba como un cargo de alta necesidad para el Departamento de Cobro Coactivo.

VERSIONES LIBRES

De la prueba obrante a folios 256 al 269 del expediente, documento **"VERSIÓN LIBRE EXPEDIENTE 1600.20.10.18.1332 – JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES – (Q.E.P.D)**, en donde el citado Dr. PACHÓN manifiesta en uno de los partes del escrito lo siguiente:

"(...) La multa impuesta por el Ministerio del Trabajo en contra de EMCALI EICE E.SP en favor del SENA, conforme a la Resolución No. 2016002510 CGPIVC de 14 de septiembre de 2016 (fls.20 a 25 del expediente), se fundamenta en haberse vulnerado el Artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo en cual señala:

(...)

Esta infracción se sustenta en el hecho de que EMCALI EICE E.S.P, encargó en casilla de Profesional Administrativo II, perteneciente al Departamento de Cobro Coactivo, por términos sucesivos de tres (3) meses en esa vacante a distintos funcionarios, vulnerando la preceptiva consagrada en el artículo 19 de la Convención Colectiva vigente para la fecha de los hechos.

1344

Así las cosas, teniendo en cuenta que es este el eje central de la presente investigación, se hace necesario esbozar con claridad el trámite que se señala en la Convención Colectiva en relación con los encargos.

Conforme lo indica en la Resolución citada, el tenor literal del artículo 19 de la Convención Colectiva vigente para el periodo 2015, es el siguiente:

(...)

Siendo el Reglamento de Selección y Enganche, el establecido en la Resolución No. GG.000963 de 18 de julio de 2008 "Por medio del cual se modifica la Resolución GG.00879 del 05 de septiembre de 2007" (fls34 a 40 del expediente). En la que se indica:

El representante legal de EMCALI EICE ESP, designado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución No. SSPD 20061300033915 de septiembre 12 de 2006, en uso de sus facultades legales y,

(...)

RESUELVE
Disposiciones generales

Artículo 1º Objetivos. El proceso de selección y enganche tiene como objetivo garantizar la vinculación de personal idóneo y el ascenso de trabajadores oficiales, bajo el único criterio de méritos y/o cumplimiento de los requisitos del cargo que contribuya al logro de la misión, visión y los objetivos institucionales de EMCALI EICE E.SP.

Artículo 2º. Modalidades de Provisión. Son formas de provisión de los cargos vacantes de los trabajadores oficiales las siguientes:

1. Concurso.
2. Enganche Directo

Artículo 5º. Objetivo y finalidad del concurso. El proceso de concurso tiene por objetivo garantizar el mérito de los trabajadores oficiales, y como finalidad proveer los cargos vacantes objeto de la convocatoria o los que se presenten con posterioridad y durante la vigencia de la lista de elegibles, siempre y cuando se cumpla con el estricto orden de la misma, así como con el perfil y los requisitos específicos exigidos por el área donde está adscrita la vacante, se tenga el mismo nivel salarial, estudio para la provisión de las casillas con los puntajes elegibles a cargo de la Gerencia de Área de Gestión Humana y Administrativa o quien haga sus veces y/o a solicitud escrita del Gerente de Área interesada en cubrir la vacante.

(...)

Artículo 10. Competencia para adelantar los concursos. La planeación, organización y ejecución de los concursos estará a cargo del **Departamento de Planeación Humana y Organizacional de la Gerencia de Área de Gestión Humana y Administrativa.**

Para la ejecución de los concursos, en lo relacionado con el diseño, construcción, elaboración y calificación de las pruebas psicotécnicas, teóricas y prácticas del presente reglamento, la **Gerencia de Área Gestión Humana y Administrativa** podrá suscribir contratos con universidades públicas o privadas, instituciones de educación superior o entidades especializadas de reconocida idoneidad profesional que demuestren su competencia

1. Convocatoria

(...)

En este orden de ideas, tenemos que conforme a lo estipulado en el artículo 19 de la Convención Colectiva norma que nos remite a la Resolución No. GG 000963 DE 18 de julio 2008 (Reglamento de Selección y Enganche), la competencia funcional para proveer los cargos vacantes mediante concurso de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 10° de la pluricitada Resolución, recae única y exclusivamente en el Departamento de Planeación Humana y Organizacional de la Gerencia de Área de Gestión Humana y Administrativa hoy Gerencia de Área de Gestión Humana y Activos o quien haga sus veces.

Siendo esta la Gerencia, que en ejercicio de las atribuciones atribuidas en las Resoluciones GG No. 000892 de 28 de abril de 2011 y GG No. 001037 de 25 de septiembre de 2015 (fls. 89 a 99 del expediente), mediante los memorandos 800-GA-001180 de 18 de agosto de 2015, 800-GA-001469 de 30 de septiembre de 2015 y 800-GA000034 de 8 de enero de 2016 (fls. 44 a 46 del expediente) **efectuó los encargos en la casilla de PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II del Departamento de Cobro Coactivo, que dieron origen a la imposición de la sanción por parte del Ministerio del Trabajo contra EMCALI EICE ESP y en favor del SENA.**

Así las cosas, resulta claro que el juicio de valor que se hace por parte del ente de control al indicar que con el pago de la sanción por parte de EMCALI EICE ESP en favor del SENA, se configura una conducta omisiva por parte del suscrito, toda vez que al ser el Gerente General de EMCALI EICE ESP, en mi condición "de representante legal de la empresa quien debe dirigir y coordinar la gestión de las dependencias para el cumplimiento de la misión y los objetivos de la entidad, ordenar el gasto; es decir no es ajeno a las actividades que se realicen en la entidad y está a cargo de los nombramientos, remociones y contratación de los servidores públicos y trabajadores oficiales. Es decir, cumplidor de actividades de gestor fiscal, carece de asidero tanto reglamentario como fáctico.

Siendo pertinente en este punto traer a colación lo manifestado por la Sección Quinta-Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 23 de agosto de 2018, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez, radicado: 25000-23-24-000-2011-00214-01 al referirse al concepto de GESTOR FISCAL:

(...)"

"ARTÍCULO 2°. CONCEPTOS DE GASTO QUE NO SE DERIVAN DE UN PROCESO CONTRACTUAL.

EMCALI EICE ESP adquiere obligaciones que aun afectando su presupuesto no se derivan de un proceso contractual, entre otros se tiene los siguientes conceptos:

(...)

9. Multas y sanciones

(...)

La ordenación del gasto para estos conceptos estará a cargo del Gerente de Área o Unidad, que está obligado a tramitar el pago del compromiso o por la ordenación del gasto definida en la Resolución de Aprobación del Presupuesto. Para los pagos parciales de las AGOP, los Gerentes de Área o de Unidad de Negocio, podrán designar mediante memorando la supervisión del pago en los Directores, Jefe de Departamento o Coordinadores.

La ordenación del gasto de las devoluciones de vigencias anteriores, estará en cabeza de la Gerente de Área Financiera, previo recibo del memorando del área respectiva con la justificación para realizar la devolución".

1345

De lo manifestado por el Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) en su VERSIÓN LIBRE, es menester señalar que, en principio el citado Dr. PACHÓN fundamenta su defensa entre otros argumentos, bajo lo indicado por parte del Ministerio de Trabajo, en lo relacionado con el incumplimiento del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo y argumentando que el eje central de la investigación corresponde a dicho incumplimiento, consignando lo establecido por el artículo 19 de la Convención Colectiva del Trabajo, justificación que se ha planteado a través de cada una de las pruebas antes referidas, que EMCALI EICE E.SP., realizó los encargos para proveer el cargo de PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, ÁREA FUNCIONAL: GESTIÓN COACTIVA – DEPARTAMENTO DE COBRO COACTIVO DE LA GERENCIA GENERAL, por un término mayor al consagrado en el art. 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, valga decir por un término de 5 meses (150 días), superior al tope máximo de 90 días calendario establecido por esta, materializándose con dicha situación, el Incumplimiento de la citada Convención y en consecuencia la imposición de la Sanción con Multa por parte del Ministerio de Trabajo por valor de \$104.000.000, mediante Resolución del 14 de septiembre de 2016.

Así mismo, de lo argumentado por el citado Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) en su VERSIÓN LIBRE, es menester rescatar para los efectos del análisis de la conducta de los presuntos responsables fiscales, lo señalado por este, en cuanto al pronunciamiento de la Sección Quinta-Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de 23 de agosto de 2018, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez, radicado: 25000-23-24-000-2011-00214-01 al referirse al concepto de GESTOR FISCAL:

(...)"

"ARTÍCULO 2º. CONCEPTOS DE GASTO QUE NO SE DERIVAN DE UN PROCESO CONTRACTUAL.

EMCALI EICE ESP adquiere obligaciones que aun afectando su presupuesto no se derivan de un proceso contractual, entre otros se tiene los siguientes conceptos:

(...)

9. Multas y sanciones (...)"

En tal sentido, se desprende de lo anterior que, la sanción con multa en que incurrió EMCALI EICE ESP, la misma no constituye una gestión fiscal por parte de los presuntos responsables fiscales, quienes realizaron sendas gestiones administrativas laborales tendientes a la no afectación de la gestión administrativa laboral que le competía a la UNIDAD DE RECAUDO Y GESTIÓN DE COBRO DE LA GERENCIA FINANCIERA en otrora Departamento de Cobro Coactivo.

Ahora bien, de la prueba obrante a folios 167 al 169 del expediente, Decreto No. 4110.20.0445 de junio 23 de 2015, encargando con efectos fiscales a partir de la fecha y por tres (3) meses o hasta que se nombre el respectivo titular antes de ese tiempo, al Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES, identificado con la cedula de ciudadanía No. 94.460.250 y ACTA DE POSESIÓN No. 0382; se observa por parte de este Despacho de Responsabilidad Fiscal, que el Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), ocupó el cargo de Gerente General, para la época de los hechos objeto de investigación, valga decir - agosto 18 de 2015 al 31 de diciembre de 2016, periodo este en que se ejecutaron los encargos para proveer la vacante de

PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II, cargo que posteriormente asumió desde el día 12 de enero de 2016, la Dra. CRISTINA ARANGO OLAYA, cuando fue nombrada mediante Decreto No. 4110.20.0010. (Ver folio 180 del expediente).

Del mismo modo, obra a folios 170 al 174 documento RESOLUCIÓN GG. No. 001037 del 25 de septiembre de 2015 "POR LA CUAL SE EFECTÚAN AJUSTES A LA RESOLUCIÓN GG.000583 DEL 09 DE JUNIO DE 2015, SOBRE MANUALES DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES" y para el cargo de GERENTE GENERAL señaló entre otras funciones las siguientes:

"(...) II. PROPÓSITO PRINCIPAL.

Planear, organizar, dirigir, controlar y coordinar todas las actividades de manejo, administración y proyección de la empresa (...).

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

(...)

2. **Formular, dirigir, evaluar y controlar** todo lo relacionado con la fijación y cumplimiento de las políticas y estrategias generales, **de orden administrativo, financiero y operativo** de la misma.
3. (...)
4. (...)
5. **Cumplir y hacer cumplir la Ley**, los estatutos y las decisiones de la Junta Directiva.
6. (...)
15. **Gestionar el aseguramiento de los recursos humanos**, financieros, técnicos y logísticos para garantizar el adecuado cumplimiento del objeto social de la empresa.
16. (...)
17. (...)
18. **Ejercer supervisión y control** sobre todas las áreas de la empresa.
19. *Evaluar el desempeño de las distintas áreas empresariales.*

De lo anterior, se colige que el Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) en su calidad de Gerente General de EMCALI EICE E.S.P, tenía como competencia no solo de decisión, sino también la función de Planear, organizar, dirigir, controlar y coordinar todas las actividades de manejo, administración y proyección de la empresa, además de unos deberes funcionales esenciales de Formulación, dirección, de gestionar el aseguramiento de los recursos humanos de la empresa, ejercer supervisión y control y sobre todo el CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LA LEY, LOS ESTATUTOS Y LAS DECISIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA, competencias estas que se ven afectadas en su debido cumplimiento por la situación excepcional en que para la época de los hechos se encontraba la entidad EMCALI EICE ESP, cual era como ya se dijo, el levantamiento de la toma de posesión de las empresas municipales de Cali EMCALI EICE ESP (24 DE JUNIO DE 2013), sino también por la terminación del contrato con Covinoc el 31 de diciembre de 2013.

Sobre el concepto de Gestor Fiscal, es pertinente por parte de este Despacho de Responsabilidad Fiscal, traer a colación algunos apartes de lo ilustrado por parte del Consejo de Estado SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, expresado dentro del radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, consejero ponente doctor FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE)¹, en el cual se precisó lo siguiente:

(...)

Control y gestión fiscal. Responsabilidad fiscal.- El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.).

(...)

Para deducir responsabilidad fiscal, es preciso que la conducta reprobable se haya cometido en ejercicio de la gestión fiscal, definida en el artículo 3° de la ley 610 de 2000 así:

“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”.

(...) Dentro del género de entidades públicas queda comprendido el Banco de la República.” Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C- 529 de 1993 señala: “...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 encierra a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión 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 que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8° a 13)”.

(...)

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculada con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. AL RESPECTO LA CORTE CONSTITUCIONAL, AL RESOLVER SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 1° 9 DE LA LEY 610, SEÑALÓ:

¹ Consejo de Estado SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, expresado dentro del radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, consejero ponente doctor FLAVIO RODRÍGUEZ ARCE)¹

*“El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen COMPORTEN UNA RELACIÓN DE CONEXIDAD PRÓXIMA y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado (...).”*

De lo señalado por el Consejo de Estado, es importante retomar la noción de gestión fiscal, mirada esta “(...) bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado (...)”.

Del mismo modo, es menester señalar que la gestión fiscal, tal como lo ha consagrado no solo la corte Constitucional sino el Alto Tribunal Administrativo Consejo de Estado, la misma implica la disposición y ejecución de recursos públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, dice nuestra Constitución en su artículo 2º que: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, Y en el mismo sentido dijo la Corte Constitucional en sentencia C-438/22 lo siguiente en uno de sus apartes:

“RESPONSABILIDAD FISCAL DE PARTICULARES QUE OCASIONEN DAÑOS AL PATRIMONIO PÚBLICO CUANDO NO REALIZAN GESTIÓN FISCAL-Excede facultades atribuidas a la Contraloría General de la República y demás órganos de vigilancia y control fiscal

(...)

“El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública...”²

(...)

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-374 de 1995 y C-403 de 1999.

1347

136. Al analizar una demanda de inconstitucionalidad en contra de un aparte del artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios", esta Corte señaló que,

"En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (...)"

Igualmente, en la misma sentencia C- 438/22 dijo la Corte lo siguiente:

"(...) El pago de sanciones por gestión administrativa no es gestión fiscal por sí misma.

Una vez delimitado el ámbito de la gestión fiscal, queda por aclarar si, el pago de sanciones por indebida gestión administrativa constituye gestión fiscal. Para responder tal pregunta, hay señalar los elementos de la responsabilidad fiscal, en los términos de los artículos 5 y s.s de la Ley 610 de 2000 y de la Jurisprudencia.

(...)

En este sentido, el menoscabo al patrimonio, causado con dolo o culpa grave, tiene que ser producto del manejo o administración del bien o recurso público. Un menoscabo, producto de la gestión administrativa, no será consecuencia de la gestión fiscal, ya que no se causó directamente con ocasión de su administración o manejo. Puede que, la gestión administrativa cause un daño al patrimonio público, pero eso no sea materia de responsabilidad fiscal. La razón: Si el detrimento patrimonial no es consecuencia directa del manejo o administración del bien o recurso público, no se cumple con el presupuesto lógico de que sea consecuencia de una indebida gestión fiscal. (...)"

En ese sentido, la SANCIÓN MULTA impuesta por el Ministerio de Trabajo, no corresponde a una actuación de gestión fiscal, sino que la misma corresponde a una actuación administrativa laboral, donde no se encuentra involucrado el cumplimiento de planes, programas y proyectos que finalmente constituyen actos de gestión fiscal, veamos que dijo la Corte Constitucional en un aparte de la sentencia C- 438/22, donde se cita la sentencia C - 529 de 1993:

"(...) 134. En ese sentido, y en lo que atañe al asunto que es objeto de análisis, es preciso indicar que de conformidad con lo previsto en los artículos 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política, desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que la vigilancia y control fiscal apunta a la vigencia de específicos principios que se proyectan en el ámbito de la obtención, utilización, conservación y manejo de los recursos y bienes públicos por lo que, dijo, "se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión 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 que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración."

De la prueba obrante a folios 289 – 304 del expediente, documento “**VERSIÓN LIBRE Y SOLICITUD DE ARCHIVO – INVESTIGADA. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ – RADICADO: 1600.20.10.18.1332**”, en donde en uno de sus apartes se manifiesta lo siguiente:

“(…) **VERSIÓN LIBRE Y SOLICITUD DE ARCHIVO**

(…)

“3. PRONUNCIAMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR DE COMO SE PRESENTARON LOS HECHOS:

3.1 Cuando inició mi función como Gerente administrativa de EMCALI EICE ESP EN SEPTIEMBRE DEL 2014, encontré que la entidad había estado 13 años intervenida y sin haberse hecho un proceso de selección para llenar las vacantes durante todo ese tiempo. Tema que además de afectar la buena marcha de misión de la entidad, generaba en ambiente de expectativa en los trabajadores que ven como su único medio de mejorar sus condiciones laborales, el ganarse un concurso por sus competencias. A la fecha de mi ingreso, existían más de 40 vacantes. NOTA: Para esta fecha, el cargo de Profesional Administrativo II. Del Departamento de Cobro Coactivo objeto de esta investigación estaba ocupado por la funcionaria María Eugenia Peláez. (Ver anexo No. 1).

3.2. DESDE EL INICIO EN MI CARGO, CONOCEDORA DE LA RESPONSABILIDAD QUE ME CORRESPONDÍA E IMPORTANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS TANTO LEGALES COMO CONVENCIONALES, BAJO CRITERIOS GERENCIALES, DE CONTROL, EFICIENCIA, SEGUIMIENTO Y POR INSTRUCCIONES DEL GERENTE GENERAL DE LA ENTIDAD ELABORÉ, EN LOS MESES SIGUIENTES A MI INGRESO, COMO UNA DE MIS PRIORIDADES EN MI GESTIÓN, UN PROGRAMA QUE CONTENÍA LA ESTRATEGIA, PLANEACIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y CONTROL DE UN PROCESO PARA SACAR EL 100% DE LOS CONCURSOS Y PARA LLENAR LAS VACANTES. CON EL OBJETIVO FUNDAMENTAL DE SUBSANAR EN EL AÑO 2015 Y 2016 LO QUE NO SE HABÍA HECHO EN 13 AÑOS DE INTERVENCIÓN FRENTE A LAS VACANTES.

3.3 Es así como se estableció a finales del año 2014 y reitero, a pocos meses de haber ingresado a la entidad, DECIDO CONJURAR LOS CONCURSOS DEL 100% DE LAS VACANTES QUE EXISTÍAN EN EMCALI EICE ESP, lo más pronto posible teniendo en cuenta los recursos de la entidad, tanto financieros, operacionales como administrativos. ES ASÍ COMO SE ESTRUCTURÓ UN PROYECTO DESDE MI GERENCIA EL OBJETIVO, COMO NO PODÍA SER OTRO, ERA LLENAR LAS VACANTES Y DE PASO EVITAR TENER QUE ESTAR HACIENDO ENCARGOS. Encargos que se realizaban a solicitud de los directores y gerentes de área quienes necesitaban a toda costa tener sus equipos de trabajo completos, toda vez que lo que estaba en juego era la prestación de los servicios a los clientes. Servicios catalogados como una función social de prestación de servicios públicos.

Para tal fin, se estableció la siguiente estrategia y plan de acción, que explicaré a continuación, con lo cual pretendo demostrar que, con elementos de eficiencia, eficacia y economía, se analizó, planeó, estructuró, ejecutó y realizó un seguimiento riguroso de mi parte a este tema de las vacantes, como una prioridad de mi gestión para el año 2015 y años venideros. Labor que realicé en el sano ejercicio de mis funciones quedando excluida toda responsabilidad **subjetiva** en las decisiones que se tomaron en los encargos investigados. (Negrillas, mayúsculas y subrayado propio para resaltar)

4. ESTRATEGIA Y PLAN DE ACCIÓN.

4.1 ESTRATEGIA: Priorizar el proceso de selección para ocupar las vacantes, basado en el presupuesto de la entidad, su capacidad operativa y administrativa. Estableciendo

1348

fases, donde se gestionara, en primera instancia, las vacantes que más se requerían para el cumplimiento de la misión de la entidad.

4.2 PLAN DE ACCIÓN QUE SE ESTABLECIÓ Y SE CUMPLIÓ AL 100%

- * Hacer levantamiento con los jefes y gerentes de área, de las vacantes que existían, señalando desde qué fecha estaban vacantes.
- * Priorizar cuáles eran las vacantes a llenar según los criterios que se establecieran con los gerentes de las áreas y unidades estratégicas como de mayor impacto.
- * Consecución de los recursos tanto humanos como económicos para ejecutar el proceso de selección.
- * Estructuración del proceso de selección y contratación de una empresa experta para que apoyara el proceso.
- * Establecer fases de implementación. La primera para evacuar las vacantes priorizadas por las áreas y la segunda fase para las restantes vacantes y las que se presentarán en el transcurso de este proceso a menos que fueran catalogadas como prioritarias y alcanzaran a ingresar a la primera fase.

EJECUCIÓN.

(4.3)

(...)

PRIMERA ETAPA DE LA PRIMERA (1) FASE. De diciembre de 2014 a junio del 2015. Recopilación de información y trabajo con cada una de las áreas.

° La doctora María del Pilar realizó ficha de diagnóstico y de priorización de necesidades en la que se establecerían las prioridades y cargos a sacar a concurso, se enviaron por correo electrónico por parte de la líder del área funcional Geovanna Reyes a todas las áreas funcionales exhortándolos a diligenciar las fichas técnicas y la respectiva priorización. (Ver anexo No. 2).

° Convocó y se reunió, como consta en los documentos anexos, con todas las áreas, gerentes y los jefes de la Entidad. Con ellos, se estableció en forma conjunta y desde el conocimiento que estos tenían de sus áreas, el derrotero para llenar las vacantes y las fases a implementar, estableciéndose estos puntos clave:

- ✓ **La premisa** para priorizar los cargos a sacar a concurso. Se concluyó entre todos los gerentes de área que deberían sacarse en una primera fase las vacantes de las áreas operativas al considerarlos apremiantes para el cumplimiento de la razón de ser de la empresa, al tener relación directa con el cumplimiento del objeto social en la prestación de los servicios públicos.
- ✓ **Las prioridades:** Basadas en la premisa de priorizar los cargos operativos se estableció con cada área, cuantas vacantes tenían y cuales se iban a sacar a concurso en la primera fase y cuales en la segunda fase. Se realizó un levantamiento a finales de diciembre del 2014 de 32 vacantes y al final de esta etapa en junio de 2015 se habían priorizado 25 vacantes. (Ver anexo 3).
- ✓ **Las condiciones específicas:** Se concretaron los requerimientos y perfilamiento de los cargos para llenar las vacantes de la mejor manera según las necesidades de cada área.
- ✓ **Primera Fase:** Con la información recopilada se priorizaron 25 (veinte y cinco) vacantes para realizarse la primera fase en el año 2015. Primera fase, donde no quedó incluida la vacante objeto de esta investigación, por las razones que se explicará a medida que se narren los hechos. (Ver anexo 4).

Etapa II de implementación de la primera fase. De julio a noviembre del 2015
Objetivo. Implementar lo acordado con las áreas.

° Una vez priorizadas las 25 vacantes a proveer, se estableció un cronograma de ejecución con fechas tentativas de implementación de la primera fase de los concursos. (Ver anexo 5).

° Pese a correos enviados por la líder del área funcional desde el área de Talento Humano a todas las gerencias donde solicitaba realizar el diagnóstico y priorización, una de las áreas que no priorizó sus vacantes al no pronunciarse al respecto, fue precisamente la Gerencia General de la cual dependía el cargo de Profesional

Administrativo II del Departamento de Cobro Coactivo. (Ver anexo 6).

° Así las cosas, la primer fase siguió en ejecución con las vacantes establecidas y la vacante de cobro coactivo se dejó para la segunda fase a ejecutarse en el año 2016, al no ser un cargo operativo y no haber sido priorizada por la gerencia respectiva.

° Cabe anotar que la vacante en mención se dio a principios de enero de 2015. Lo que significaba que teníamos vacantes con mucho más tiempo de antigüedad. Igualmente es menester aclarar que no se podía sacar todas las convocatorias a concurso porque eran muchas las vacantes que existían a la fecha de los hechos después de 13 años de intervención, sin haber realizado un solo concurso.

(...)

° Lo anterior, reitero, significó que no todas las vacantes que se habían levantado con las áreas quedarían llenas después del primer concurso. SOLO LAS QUE SE HABÍAN PRIORIZADO. Las demás vacantes no priorizadas o que se generaran con posterioridad al inicio de la planeación de la primera fase, se sacarían a concurso en el año 2016, como fue el caso de la vacante que nos ocupa en esta investigación.

(...)

3. CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO FRENTE A LOS ENCARGOS PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO II – COBRO COACTIVO

Para claridad de cómo sucedieron los acontecimientos materia de esta investigación, previo resumen arriba expuesto de cómo se ejecutó el plan de acción y para un mejor análisis de tiempo-modo-lugar en la que se fundamentaron las decisiones frente los encargos de las vacantes en el departamento de cobro coactivo objeto de este proceso, se expone lo siguiente:

- Fui nombrada Gerente Administrativa en EMCALI a finales del 2014, en menos de 3 meses y en el mismo año 2014 se estableció una estrategia y un plan de acción para sacar a concursos el 100% de las vacantes como efectivamente se dieron en el año 2015 y 2016.
- Durante más de 13 años que duró la intervención no se lograron sacar a concursos ninguna vacante. En pocos meses de mi llegada se inició la ejecución de un plan.
- La vacante del departamento de cobro coactivo se dio en enero de 2015, cuando ya se había iniciado el plan de acción en el 2014 para cubrir más de 40 vacantes que existían. (Ver anexo 8).
- Esta vacante, reitero por la importancia del análisis, no era un cargo operativo de carácter prioritario como queda demostrado cuando la gerencia general no la priorizó.
- En abril de 2015 con la llegada del nuevo director de Cobro Coactivo y previo análisis que este funcionario hizo de su área, frente a los atrasos y retos a cumplir, solicitó 4

1349

veces, durante diferentes meses y en forma sucesiva a la Jefe de Departamento de Planeación Humana y Organizacional, encargos para la vacante en investigación. (Ver anexo No. 9).

- El 6 de agosto del 2015, el Jefe de área de Cobro Coactivo, solicitó nuevamente a la Jefe de Departamento de Planeación Humana y Organizacional una tercera solicitud mediante el memorando No. 6482. Reiterando la necesidad de mantener los encargos argumentando la necesidad, los beneficios y consecuencias de no mantener el encargo, es decir, fundamenta la necesidad que está soportada con el oficio anexo con la finalidad de no afectar el funcionamiento de la administración. (Ver anexo 10).
- La Jefe de Departamento de Planeación Humana y Organizacional como responsable del área funcional Administración del departamento, según las competencias asignadas de planear la provisión y desarrollo del talento humano, tramitaba las solicitudes de los jefes de áreas donde requerían, en este caso en mención, se extendieran los encargos justificando la necesidad del servicio para asegurar, mientras se llenaban las vacantes, que la persona ya encargada y conocedora del cargo siguiera en él.
- En el Departamento de Planeación Humana y Organizacional, es donde se analizan estas solicitudes, analizan los requisitos técnicos y jurídicos para los encargos o provisión de cargos de la entidad, adicionalmente es en este departamento donde se proyectó para mi firma los encargos, Y ES IMPORTANTE MENCIONARLO TODA VEZ QUE ES ESTE DEPARTAMENTO EL QUE REvisa TODA LA DOCUMENTACIÓN, LA LEGALIDAD Y REQUISITOS PARA LOS ENCARGOS DADO QUE LOS MISMOS LLEGABAN PARA MI FIRMA YA DECANTADOS O SIN PROBLEMAS LEGALES NI FORMALES porque como repito, es humanamente imposible para una persona revisar la carpeta de cada empleado para saber si podían o no ocupar un encargos, y es por esto que existe el Departamento de Planeación Humana y Organizacional porque es aquí donde se filtra toda la información referente a la provisión de cargos y encargos, es decir, si este departamento me envía un encargo por razones de operatividad, lo que hacía bajo el principio de buena fe y confianza legítima era revisar el documento que me pasaban para la firma y recibir la información si estaba ajustado al procedimiento y la legalidad.
- Se dé (sic) la diligencia y buen criterio de los funcionarios de este departamento. La entidad tiene una estructura que da apoyo a las gerencias. Funcionarios quienes se encargan de realizar los trámites para verificar su viabilidad. Son personas de confianza y manejo que dan soporte a los gerentes para validar, viabilizar y coordinar temas de las Gerencias para su aprobación. Temas que como bien saben, son muchos en cabeza de los gerentes. (Negrillas, mayúsculas y subrayado propio para resaltar)

6. NECESIDAD DE LOS ENCARGOS REALIZADOS

6.1 Como se viene diciendo en la primera fase de los concursos, no estaba incluía (sic) la vacante de profesional administrativo grado II de cobro coactivo, pues cuando se generó ya estaba en plena ejecución de la segunda etapa, donde las vacantes a sacar a concurso estaban definidas. Estas vacantes a llenar se habían trabajado con anterioridad (6 de agosto del 2015) y ya se había publicado las convocatorias y casillas el 3 de agosto del 2015. y El área requería y argumentaba, que por necesidad del servicio, se mantuviera el encargo, dado que la meta de cumplimiento que tenían en el área eran altas. Con más de 21.000 expedientes por gestionar. Tenían escasez de personal interno y externo al no contar más con la entidad externa que los apoyaba en la función de cobre, Covinoc. Reiteraban que para cumplir sus metas era imprescindible contar con el cargo de PROFESIONAL ADMINISTRATIVO II en el área funcional de Gestión Coactiva del Departamento de cobro coactivo de la Gerencia General de EMCALI. Argumentaba con razón, que se necesitaba recuperar la mayor cantidad de cartera posible, recursos muy importantes para la entidad, máxime los problemas con los que contaba la Entidad después de la intervención que son de público conocimiento. Mi responsabilidad, en mi calidad de Gerente de esta área

era asegurar que el talento humano estuviera bien distribuido, cumpliendo los requerimientos en cuanto a coberturas se refiere, atendiendo los requerimientos que envían los demás gerentes, directores y jefes de departamento para asegurar la continuidad del servicio mediante la provisión y desarrollo del talento humano. Por presupuesto y capacidad operativa del área no se podían abrir concursos en simultánea. Esta vacante entraría en concurso en el año 2016, como dejó constancia en el empalme y entrega del cargo a inicios del 2016. (Ver anexo 11. Diapositiva 51)

6.2 Efectivamente se dio la segunda fase en donde se incluyó el caso en estudio, el cual quedó seleccionado en propiedad un funcionario en el año 2016. (Ver anexo 12)

6.3 La razón de fondo fue que no colapsara el proceso administrativo de cobro, tal como sucedió y lo demostró el director del Área Juan Diego Céspedes de acuerdo a las estadísticas y resultados de los funcionarios encargados. Estas estadísticas prueba que la decisión trajo beneficios para la entidad, de lo contrario podía afectar, ostensiblemente el proceso de cobro coactivo y además ir en contravía de la función administrativa de mantener el recurso humano necesario para la prestación del servicio, es así como se fundamentó la necesidad del área de Cobro Coactivo al Departamento de planeación Humana y Organizacional. (Ver anexo 13).

7. PROCESOS INICIADOS POR LA QUEJA DEL SINDICATO USE:

7.1 Aunque son dos procesos independientes y respetamos la investigación de la Contraloría, deseo manifestar que EMCALI inició un proceso disciplinario en mi contra por la misma queja del Sindicato USE base de esta investigación. Este proceso se archivó por considerar el departamento disciplinario de la Entidad que estas vacantes se mantuvieron en cumplimiento de un deber de mayor importancia que el sacrificado. Para satisfacer una necesidad funcional del servicio que así lo exigía. (Ver anexo 14)

7.2 El Ministerio de trabajo, basado en esta misma queja del sindicato Use, impuso una multa al analizar taxativamente la **RESPONSABILIDAD OBJETIVA** de Emcali. Al haberse dado la vacante por más de 90 días. Manifestando en su exposición de motivos que no le correspondía al Ministerio analizar las circunstancias de modo, tiempo y lugar. (Responsabilidad subjetiva). Solo debía analizar si se violó o no lo acordado. (Responsabilidad objetiva) Abajo un aparte de lo estipulado por el Ministerio Hoja 7 Resolución N.2017000483 del 2017 (Ver anexo 15 hoja 7)

(...)

8. CONTROVERSIA A LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EXPEDIDO POR EL MINISTERIO DEL TRABAJO.

(...)

9. RESPONSABILIDAD OBJETIVA VS CULPABILIDAD

En este marco se pretende aducir la existencia de culpa en materia fiscal, debemos estar frente a una conducta realizada con excesiva negligencia o imprudencia o cuando se ha incurrido en una infracción u omisión inexcusable por ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que imponen su oficio y profesión, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, sin que exista la más mínima duda de que en ese detrimento fue producto del proceder culposo, y esto es así porque la responsabilidad fiscal lo que busca es que el funcionario responsable de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa indemnice el daño causado.

En este proceso de responsabilidad fiscal en la Contraloría en su análisis de culpabilidad deberá, evidenciar de las circunstancias de tiempo modo y lugar como se dieron los hechos, que en mi actuar nunca hubo intención de causar daño alguna (sic) a la administración pública y de igual forma todas mis actuaciones estuvieron ceñidas a la ley, nunca me extralimite u omití el cumplimiento de un deber funcional en el

mismo sentido todos los encargos se realizaron cumpliendo el procedimiento para dicho fin, fueron avalados por las áreas correspondientes, a autorizados y solicitados por los funcionarios competentes, revisados en sede jurídica de todas las dependencias involucradas y siempre observando garantizar el factor misional de la entidad sin que exista el mas mínimo asomo de que actué con dolo o con culpa en mi actuar.

(...) *negrilla ausente en texto original.*

En este orden de ideas, es evidente que en este proceso no hubo intención de omitir la aplicación de los principios rectores de la gestión fiscal. Mucho menos se ha actuado extralimitándose en el ejercicio de sus funciones o con el grado de negligencia, imprudencia o impericia que se requiere para aducir que se causó un daño patrimonial con ocasión al proceder. Reitero mi solicitud de analizar el contexto, la forma, los tiempos y el espíritu en que se desarrollaron los hechos. El trabajo iniciado desde el 2014. Las estrategias, planes de acción y necesidad de priorizar que tuvo la entidad en la convocatoria de los concursos. Toda la planeación y recopilación de información de cada cargo vacante liderada por mí y el equipo de trabajo, el cual se requiere antes de publicar los concursos. El hecho que está (sic) vacante no fue reportado por la gerencia a la que pertenecía como una prioridad, pese a las reiteradas solicitudes de realizar la priorización. La fecha en que se dio la vacante y la calidad de la misma al no ser operacional por lo cual no fue incluida en la primera fase. El porqué de los encargos por la necesidad del cumplimiento de metas importantes para la entidad, las consecuencias graves para la entidad de haber procedido en forma diferente. Por qué se pagó la sanción como medida preventiva, mientras se controvierte la legalidad de la misma.

Estando así las cosas, no cabe la menor duda que de llegarse a demostrar el daño patrimonial censurado, mi responsabilidad, no pasaría de una responsabilidad objetiva proscrita en este tipo de actuaciones.

Aquí acudo al sentido común de usted señor Director para que avizore que algunas vacantes quedaron, independientemente de la necesidad de llenarlas al 100% y basado en la dinámica de los concursos, sin llenar por lo que en estos casos la entidad le corresponde, por cuestión de necesidad de funcionamiento de las áreas, seguir manejando los encargos para preservar la buena prestación del servicio, que si no se presta adecuadamente si daría lugar a investigaciones de toda índole.

(...)" *(Negrillas, subrayado y mayúsculas propio para resaltar)*

De lo versionado por la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, se observa por parte de este Despacho que, al igual de las manifestaciones realizadas por los testigos que han intervenido en el presente proceso, como también de la prueba de Inspección Documental en cada una de las áreas objeto de la misma, que la entidad EMCALI EICE ESP, para la época de los hechos se encontraba en una situación excepcional.

De todo lo anterior, si en la actuación de los presuntos responsables fiscales, se puede evidenciar un actuar negligente, imperioso o imprudente, veamos que dijo la Real Academia de la lengua Española sobre estos términos:

"Imprudencia

Pen. Infracción o incumplimiento del deber objetivo-general de cuidado o diligencia, impuesto por una norma, escrita o no, de cuidado, prudencia o diligencia, que es la norma prohibitiva secundaria. No cuenta el llamado cuidado subjetivamente debido, que sería el cuidado que el sujeto por sus condiciones individuales inferiores a lo normal es capaz de comprender y cumplir; ello solo afectará a la culpabilidad del hecho, pero no excluye la existencia de imprudencia.

Tiene como primer presupuesto la previsibilidad objetiva del hecho, o sea, la posibilidad de que el hombre medio ideal colocado en la situación del autor y con los conocimientos de este pudiera prever que su conducta podía realizar un tipo delictivo, y la evitabilidad objetiva del mismo; pero además requiere una peligrosidad excesiva, que supere el riesgo permitido e infrinja el principio de confianza. En la concepción inicial del delito, la imprudencia, igual que el dolo, se consideraba una forma o grado de la culpabilidad, pero actualmente es muy mayoritaria la concepción que la considera como componente de la parte subjetiva del tipo de injusto en aquellos delitos que castigan la comisión imprudente y dentro del ilícito o injusto como forma menos grave del desvalor (subjetivo) de la acción. «No hay pena sin dolo o imprudencia» (CP, art. 5). «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley» (CP, art. 10).

NEGLIGENCIA.

Descuido, falta de cuidado.

Sin.: descuido, desidia, desatención, despiste, desliz, inadvertencia, imprudencia, temeridad, omisión, olvido.

Sinónimos o afines de negligencia

descuido, desidia, desatención, despiste, desliz, inadvertencia, imprudencia, temeridad, omisión, olvido.

IMPERICIA

Del lat. imperitia.

1. f. Falta de pericia.

Sin.:

inexperiencia, ineptitud, inepticia, incapacidad, incompetencia, torpeza, inhabilidad, nulidad.

Ant.: pericia, destreza, aptitud”.

Del mismo modo, la doctrina del Dr. FERNANDO ALFARO VICTORIA, Conceptos jurídicos básicos, dijo lo siguiente sobre el tema:

“IMPERICIA. Es la falta de pericia, es decir, la sabiduría. Es la carencia de conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. IMPRUDENCIA. Es la falta de prudencia, realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones. Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja. NEGLIGENCIA. Es la omisión al cumplimiento al deber, con conocimiento de causa, teniendo los medios para ello, es descuido y omisión (...)”.

Ahora bien, la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, en su versión libre realiza una exposición de como encontró el cargo que venía a ocupar, tras 13 años de intervención por el gobierno central, dejando claro que el cargo por el cual se inició esta investigación – Profesional Administrativo II- estaba ocupado, para aquellas calendas por la señora María Eugenia Peláez. Igualmente menciona las decisiones que tomó en aras de solucionar las dificultades conocidas; tales como Estrategia y Plan de Acción, forma de ejecución a través de etapas y fases, evidencias estas que se encuentran plasmadas a folios 292 al 296 del expediente, resaltando en este acápite las “CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO FRENTE A LOS ENCARGOS PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO II-COBRO COACTIVO”.

Continua manifestando que la señora MARÍA EUGENIA PELÁEZ, renunció desde el día 14 de septiembre de 2014, como se desprende de la prueba obrante a folios 20 al 25 del expediente, momento en que la entidad todavía presentaba la situación excepcional que se ha venido mencionando en la presente providencia, en el

1351

entendido del levantamiento de la intervención de EMCALI EICE ESP, la cual se dio desde el 24 de junio de 2013, fecha en que fue levantada la intervención de posesión de EMCALI EICE ESP, además de la terminación del contrato con la firma Covinoc, situaciones estas que le dieron un giro administrativo por así decirlo, de manera negativo ante la gestión que debía cumplir EMCALI, **"Desde su inicio en el cargo, bajo criterios Gerenciales de control, eficacia y seguimiento, como una de sus prioridades en su gestión, elaboró un programa que contenía la estrategia, planeación, implementación y control de un proceso para sacar el 100% de los concursos y para llenar las vacantes"**.

La Dra. ORTIZ DE LA CRUZ, en su escrito de Versión libre, aporta documentos prueba entre otros 11 anexos obrantes a folios 306 al 397 del expediente, donde se describen las gestiones administrativas que se dieron con ocasión de los hechos objeto de investigación y pretende probar en la presente investigación que desde el mismo 06 de agosto de 2015, conocía de las metas de cumplimiento que tenían en el área, de la escasez de personal interno y externo y otras circunstancias, que hacían de la vacante *per se*, la necesidad de incluirla como una necesidad prioritaria para la recuperación de la mayor cantidad de cartera posible, por tratarse de recursos con una connotación de importancia para la entidad, circunstancias estas que estaban dadas con anterioridad y que dieron lugar a que se tomaran decisiones frente a los encargos que beneficiaran la gestión administrativa del área de Cobro Coactivo.

Para no perder el contexto de la situación, también se hace necesario tener en cuenta lo advertido por el Equipo Auditor de este ente de control fiscal en su Informe de Hallazgo cuando apunta, en el acápite de **"DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PRESUNTAMENTE IRREGULARES ¿Qué ocurrió? (Hechos):**

"En la vigencia 2017, se evidenció que EMCALI E.I.C.E. E.S.P. canceló la suma de \$117.099.641 al SENA por concepto de sanciones y /o multas ocasionadas por la ocurrencia de silencios administrativos positivos, violación a la Convención Colectiva de Trabajadores (...)"

Ahora bien, obra a folios 95 al 99 del expediente, documento RESOLUCIÓN GG. No. 000892 del 28 de abril de 2011 **"Manual de Funciones y Competencias Laborales para los cargos de la Planta de Personal de EMCALI EICE ESP – GERENTE DE ÁREA**, señaló entre otras funciones las siguientes:

"(...) II. MISIÓN DEL CARGO.

Planear, dirigir, organizar, formular políticas y adoptar planes, programas y proyectos propios del área, para el efectivo cumplimiento de la misión, visión, funciones y objetivos de EMCALI EICE E.S.P, establecidos por la Constitución, la ley y los estatutos internos.

II FUNCIONES DEL CARGO.

1. **Garantizar, dentro de sus respectivas competencias, el oportuno apoyo a las áreas operativas de la empresa con el propósito de gestionar la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios y el logro de óptimos indicadores de gestión.**
4. **Concurrir con las dependencias adscritas, a la formulación de iniciativas para la adopción de políticas empresariales, y a la formulación de estrategias para el cumplimiento de las competencias de su área, así como dirigir, coordinar, controlar y vigilar la realización de las mismas.(...)**

9. *Dirigir, controlar y establecer planes de mejoramiento para el adecuado funcionamiento de las dependencias adscritas a su área.*
10. *Evaluar la gestión de las dependencias a su cargo.*
11. *Gestionar la consecución de los recursos humanos, financieros y logísticos, administrarlos adecuadamente, así como los equipos y valores que le sean encomendados, para el logro de los objetivos y actividades del área.*

(...)

19. **ACATAR Y FOMENTAR EL CUMPLIMIENTO DE NORMAS DE AUTOCONTROL** y responder a las directrices del Modelo de Evaluación de Control Interno de la Empresa MECI y demás criterios empresariales adoptados por el Sistema de Calidad de la Empresa.

IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

1. *Las actividades de apoyo a las áreas operativas para la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios y el logro de óptimos indicadores de gestión se realiza oportunamente (...)*

2. ***La formulación, dirección y control de las estrategias se realizan de acuerdo con las políticas empresariales y competencias de su área.***

3. (...)

4. ***La dirección, administración y motivación del personal adscrito a su área son realizadas permanentemente con el fin de promover la formulación de iniciativas en cumplimiento de los objetivos establecidos para el área contribuyendo al óptimo desarrollo de las políticas empresariales.***

(...)

10. **La dirección, control, evaluación y seguimiento de las dependencias a su cargo**, se realiza de manera permanente, objetiva y oportuna con el fin de optimizar el desempeño y calidad al interior de la empresa.

11. ***La administración de los equipos, valores, recursos humanos, financieros, tecnológicos y físicos, que le sean encomendados para el buen funcionamiento de su área, se realiza de conformidad con la normatividad legal y las políticas internas establecidas (...)***. Negrillas, mayúsculas y subrayado por fuera de texto).

De lo señalado por el anterior citado Manual de Funciones para el cargo de Gerente Área de Gestión Humana y Administrativa de EMCALI EICE E.S.P, se desprende que a la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, le asistía el deber funcional de garantizar el apoyo oportuno a las áreas operativas de la empresa, la formulación de iniciativas para la adopción de políticas empresariales, actividades o funciones de dirección, control y evaluación de la gestión de las dependencias a su cargo, seguimiento, administración, además de gestionar la consecución de los recursos humanos.

De la prueba obrante a folio 397 del expediente, documento denominado "EXPEDIENTE 5572 – DILIGENCIA DE DECLARACIÓN DE JUAN DIEGO CESPEDES LÓPEZ (...) JEFE DEL DEPTO DE COBRO COACTIVO, ADSCRITO A LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE EMCALI EICE E.S.P", en donde en uno de sus apartes manifiesta:

"(...) Yo me posesione como Jefe de Departamento de Cobro Coactivo el **15 de enero de 2015**. Cuando llego se realizó un análisis de la estructura de la planta de cobro coactivo, este análisis se ve reflejado en el memorando 6482 del 06 de agosto de 2015, con destino a la señora MARÍA DEL PILAR HERNANDEZ CRUZ, jefe del Departamento de Planeación Humana y Organizacional de EMCALI EICE E.S.P, ya

1352

que esta dependencia es la llamada a realizar todos los trámites concernientes a llenar las vacantes. Hago una relación de los cargos que en años anteriores hacían parte del Departamento, eran 11 cargos, de los cuales solamente estaban 4 personas, **le manifiesto que si bien es cierto este Departamento podía soportar esta disminución de personal al haber un contrato de Gestión Externa con COVINOC, para el año 2015 ya no teníamos ese apoyo y contrario, censu existían unos 22.000 expedientes para la fecha de recibo del cargo** y le manifiesto que con este personal es muy difícil hacer gestión demostrando la necesidad de que se ayude al departamento con la provisión de casillas (...):

Se colige de lo manifestado por el señor JUAN DIEGO CESPEDES que la situación deprecada por el Departamento de Cobro Coactivo, era de aquellas que por su importancia y demás situaciones que venía presentando, enunciadas por la misma Dra. ORTIZ DE LA CRUZ, estas eran una necesidad inaplazable al momento de los hechos objeto de investigación.

De la prueba obrante a folios 529 y 530 del expediente, documento "DECLARACIÓN TESTIMONIAL JURAMENTADA – MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ", calendada 07 de marzo de 2022, en donde se manifiesta:

"(...) PREGUNTA DEL DESPACHO: Sírvase manifestar al despacho, cuál era su cargo en la entidad para la época de los hechos aquí investigados.. CONTESTO: Para entonces ejercía las mismas funciones que ejerzo en la actualidad y que fueron mencionadas anteriormente como **Jefe del Departamento** (...) PREGUNTADO. En atención a su anterior respuesta, sírvase explicarle al Despacho, **cuál es el procedimiento para llenar vacantes o nombramientos bajo la modalidad de concurso.** CONTESTO. **El procedimiento es dispendioso, laborioso, empieza por la directriz que se imparte desde la alta gerencia en el sentido de autorizar u ordenar que se saque a concurso los cargos a que haya lugar, previo análisis y priorización de vacantes que se hace a partir de los requerimientos o solicitudes de las áreas.** Una vez se tengan definidos entonces los cargos a proveerse empieza a agotar una serie de actividades como la solicitud a las áreas respectivas de los expertos técnicos que habrán de insumar la respectiva convocatoria a través de las fichas técnicas, también es importante mencionar, que una vez se perfilen los cargos, se entrega al departamento de protección, salud y bienestar laboral (Así se llamaba para la época de los hechos), la relación de dichos cargos, para confirmar cuál de ellos se encuentra en el riesgo 4 y cuales están expuestos a trabajo en altura. (...) PREGUNTADO. **Dra. María del Pilar, sírvase manifestarle al despacho, cual es el procedimiento para hacer un encargo de un puesto, quien lo solicita, quien lo aprueba.** CONTESTO. **Los encargos los solicitan las áreas respectivas según la necesidad del servicio. Se solicitan a la Gerencia de Gestión Humana y corresponde a la Unidad a mi cargo, operatividad los encargos, construyendo los respectivo actos administrativos.** PREGUNTADO. Dentro del procedimiento que se realiza para otorgar un encargo hay algún filtro jurídico que determine si la realización del encargo es viable? CONTESTO. Filtro jurídico como tal, no habría en el sentido que la solicitud de las áreas como quedo dicho en mi anterior respuesta no pasa por la unidad jurídica de la empresa, según nuestros procedimientos. Sencillamente en la Gerencia de Gestión Humana siendo esta una dependencia de soporte empresarial se atiende el requerimiento de las áreas en materia de recurso humano y en todo caso inspirado en la atención de la necesidad del servicio que es lo que se aduce en este tipo de requerimientos. (...) PREGUNTADO. **En atención a su anterior respuesta, como se manejan las vacantes durante el tiempo que se demora la contratación, dado que en el caso que nos convoca, se habla de que EMCALI debe llenar las vacantes en un tiempo inferior al que usted nos ha manifestado.** CONTESTO. **Efectivamente hay una norma convencional que habla de la necesidad de proveer pasados tres meses de producida la vacante,** no obstante en la práctica siendo que existe otra norma convencional que es el origen de procedimientos de concursos adoptado por resolución interna concretamente el art. 15 de la Convención Colectiva con SINTRAEMCALI, (uno de los sindicatos mayoritarios), conciliar o atender los tiempos de que habla la primera norma citada y frente a tal circunstancia los sindicatos

normalmente lo entienden y se producen concertaciones dentro de la dinámica en las relaciones con los sindicatos y es que no podemos perder de vista que se trata de una empresa de servicios públicos pues donde debemos privilegiar la prestación del servicio que depende en gran medida del recurso humano. (...) PREGUNTADO. El tema de la necesidad del servicio para llenar una vacante quien la determina. CONTESTO. Las Áreas respectivas (...)".

De lo consignado por la Dra. MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ en su calidad de Jefe de Departamento para la época de los hechos, es menester señalar y así se vislumbra de su declaración, que el proceso o procedimiento para hacer un encargo en EMCALI EICE E.S.P, era de conocimiento tanto del Gerente General como de cada uno de los Gerentes de área y Jefes de Departamento como lo era la citada Dra. HERNÁNDEZ, igualmente, se entrevisté por parte de este Despacho de Responsabilidad Fiscal el conocimiento de lo señalado por la Convención Colectiva en el sentido de los términos para proveer una vacante, cual era de tres meses de producida la vacante como lo afirma la Dra. MARÍA DEL PILAR, y del mismo modo como lo manifestó la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ cuando en su versión libre afirmo el conocimiento que tenía desde que ocupó el cargo de Gerente de Área de Gestión Humana y Administrativa de EMCALI EICE.E.S.P, valga decir desde el 03 de septiembre de 2014, como se desprende del Acta de Posesión obrante a folio 87 del expediente, de las normas legales y Convencionales.

Es precisa la Dra. MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ en su declaración testimonial, en afirmar sobre la elasticidad que de algún modo las Organizaciones sindicales le daban al tema reglado por la Convención Colectiva frente a los encargos, por la connotación de ser EMCALI EICE ESP una empresa de servicios públicos, donde se debe privilegiar la prestación del servicio, como es el caso que se presenta con los hechos investigados por esta Agencia Fiscal. "*PREGUNTADO. En atención a su anterior respuesta, como se manejan las vacantes durante el tiempo que se demora la contratación, dado que en el caso que nos convoca, se habla de que EMCALI debe llenar las vacantes en un tiempo inferior al que usted nos ha manifestado. CONTESTO. Efectivamente hay una norma convencional que habla de la necesidad de proveer pasados tres meses de producida la vacante, no obstante en la práctica siendo que existe otra norma convencional que es el origen de procedimientos de concursos adoptado por resolución interna concretamente el art. 15 de la Convención Colectiva con SINTRAEMCALI, (uno de los sindicatos mayoritarios), conciliar o atender los tiempos de que habla la primera norma citada y frente a tal circunstancia los sindicatos normalmente lo entienden y se producen concertaciones dentro de la dinámica en las relaciones con los sindicatos y es que no podemos perder de vista que se trata de una empresa de servicios públicos pues donde debemos privilegiar la prestación del servicio que depende en gran medida del recurso humano.*

De la prueba obrante a folios 930 al 981 del expediente, documento "DESCARGOS dentro del proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal", presentado por el Dr. ALEJANDRO ARIAS PÉREZ en su calidad de apoderado de la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, este Despacho retomara algunos apartes en el entendido que sobre los mismos ya se realizó por parte de este Despacho el análisis en lo relacionado con la conducta de su poderdante la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ.

Dice el Dr. ALEJANDRO ARIAS en su escrito de argumentos de defensa lo siguiente:

"(...)

2. CONSIDERACIONES FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1353

A continuación, me permito pronunciarme frente al auto de imputación de responsabilidad fiscal No.1600.20.10.23.177 del 18 de septiembre de 2023 en los siguientes términos:

2.1 FRENTE A LA ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

Para comenzar, es pertinente tener presente el artículo 48 de la Ley 610 de 2000 establece los requisitos que debe contener el auto que imputa responsabilidad fiscal, como se puede constatar:

“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.

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.”**
(Énfasis propio)

En ese sentido, se debe reiterar que los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal son los siguientes, de acuerdo al artículo de la Ley 610 del 2000 son los siguientes:

“ARTÍCULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa*1 atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

Como se puede evidenciar, es claro que el auto de imputación debe ACREDITAR la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, lo cual no se logra advertir en el Auto de Imputación No.1600.20.10.23.177 del 18 de septiembre de 2023, ello bajo el entendido de que el verbo acreditar significa:

acreditar **Conjugar**

1. tr. Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad. U. t. c. prnl.
2. tr. Afamar, dar crédito o reputación. U. t. c. prnl.
3. tr. Dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece.
4. tr. Dar testimonio en documento fehaciente de que alguien lleva facultades para desempeñar comisión o encargo diplomático, comercial, etc.

(Fuente: Real Academia Española acreditar | Definición | Diccionario de la lengua española
| RAE - ASALE)

*Tal como se constata, acreditar significa "dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece", no obstante, la Directora Operativa en el Auto de Imputación, señala que se demostró de forma objetiva el elemento del daño patrimonial, la identificación de los presuntos responsables, sin embargo, **NO SE OBSERVA EN NINGÚN APARTADO DEL AUTO, QUE SE ANALICE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS Y SE ACREDITE EL ELEMENTO DE LA CONDUCTA O LA CULPABILIDAD DE LOS INVESTIGADOS, (...)**".*

No comparte este Despacho los argumentos citados por el profesional del derecho Dr. ALEJANDRO ARIAS, en el sentido que el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 1600.20.10.23.177 del 18 de septiembre de 2023, proferido por este Despacho, no acredita el cumplimiento de los elementos de la Responsabilidad Fiscal, *no se cumple con lo establecido en cuanto a su estructura, además que no se observa en ningún apartado del Auto, que se analice cada uno de los elementos y se acredite el elemento de la conducta o la culpabilidad de los investigados*; toda vez que en primer lugar el Acto Administrativo Fiscal señalado, se encuentra motivado a través del análisis a cada una de las pruebas obrantes en el expediente, en donde se exponen las razones de hecho y de derecho, con soporte jurisprudencial y doctrinario que dieron lugar a este Despacho de proferir el citado Acto administrativo, contempla el Auto de Imputación un capítulo "**FUNDAMENTOS DE DERECHO**", donde no solo se citan las normas que sirven de fundamento para proferir el Acto, sino que también contempla un capítulo "**FUNDAMENTOS DE HECHO**", donde se describe de manera detallada las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los citados hechos investigados por esta Agencia Fiscal.

Del mismo modo, contempla el citado Auto, un capítulo "**PRUEBAS**", donde se señalan cada una de las pruebas que se van a considerar, después de agotado todo el trámite probatorio para determinar que en el caso objeto de investigación hay lugar a proferir Auto de Imputación de conformidad a lo señalado por el ordenamiento legal, ley 610 de agosto 15 de 2000. Tiene en su contenido el Auto de Imputación No. 177, un capítulo de "**ANÁLISIS PROBATORIO**", donde este Despacho remonta su análisis desde el mismo traslado del hallazgo fiscal a través del "*Formato Traslado de Hallazgo Fiscal*", hasta el análisis a las pruebas que con ocasión de la etapa de APERTURA PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, se ordenaron de oficio y a petición de parte, cada una bajo el respeto del principio del debido proceso.

Es de anotar que en cumplimiento de lo consagrado por el artículo 48 de la ley 610 de agosto 15 de 2000, este Despacho profirió Auto de Imputación dado que a través del acervo probatorio obrante en el expediente y de su respectivo análisis ha quedado demostrado la existencia del elemento DAÑO, igualmente y en cumplimiento de lo señalado por el citado artículo 48, que denota la exigencia de la existencia de testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del servidor público, este Despacho en el análisis realizado verifico la calidad de los presuntos responsables fiscales como gestores públicos, a través de los respectivos manuales de funciones y competencias laborales de los presuntos responsables fiscales, obrantes a folios 86 - 87, y 167 - 169 del expediente, análisis este que se encuentra en el cuerpo del Auto de imputación a pagina 34 y 35.

1354

Ahora bien, sobre lo argumentado por el Dr. ARIAS en su calidad de apoderado de la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, en lo relacionado que:

“NO SE DA CUMPLIMIENTO A LA ESTRUCTURA establecida en el artículo 48 de la ley 610 del 2000, donde cada punto, cada requisito debe ser incorporado en acápite que conforme el acto administrativo, en donde se evidencie claramente el análisis realizado frente a los elementos que componen la responsabilidad fiscal, sin ser claro de esta manera cuáles fueron las pruebas que sirvieron de base para acreditarlos (...).”

Este Despacho, incorporó en el cuerpo del plurimencionado Auto de Imputación, de conformidad a lo señalado por el art. 48, no solo la identificación plena de los presuntos responsables fiscales, de la entidad afectada y de la Compañía Aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado, como se desprende de la página 1 y 40, sino que también se cumplió con el requisito de la indicación y valoración de las pruebas practicadas como se puede evidenciar a páginas 6 al 36 del Auto de Imputación.

Por lo anterior, los argumentos presentados por el Dr. ARIAS en lo antes señalado, carecen de fundamento alguno.

Continúa el Dr. ARIAS en sus argumentaciones diciendo entre otros aspectos lo siguiente:

(...)

2.2 FRENTE AL ANÁLISIS PROBATORIO

Como se indicó previamente, tenemos que el artículo 48 de la Ley 610 de 2000 establece los requisitos que debe contener el auto que imputa responsabilidad fiscal, entre los cuales dispone: “2. La indicación y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS.”

(...)

Como se puede evidenciar, el Despacho afirma que el daño consiste en el pago de la multa, sin que se hubiera allegado constancia del mismo:

(...).”

Manifiesta el Dr. ARIAS que en la presente investigación no se allego constancia de la existencia del daño *“(...) sin que se hubiera allegado constancia del mismo”*, de lo anterior, es menester señalar por parte de este Despacho, que desconoce el Dr. ARIAS, del contenido de la prueba antes citada (constancia de la existencia del daño), no obstante su poderdante la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ haberle otorgado poder desde el día 09 de agosto de 2022, para lo cual se le reconoció personería para actuar en representación de la señora LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, es de anotar que desde el mismo momento de la configuración del hallazgo fiscal, este Órgano de Control Fiscal evidencio la existencia del daño patrimonial a través de la Resolución No. 2016002510 CGPIVC del 14 de septiembre de 2016, Resolución No. 7076001 – 2017001889 del 11 de octubre de 2017, el documento “respuesta dada por el sujeto de control a la observación”, prueba obrante a folios 762 al 769 del expediente, donde no solo se registra el documento de causación del gasto, sino también la Resolución No. 20160002510 CGPIVC de fecha 14 de septiembre de 2016, proferida por el

Ministerio de Trabajo (folios 20 al 25 del expediente, además del documento "CUENTA POR PAGAR 622198 - 22 DE NOVIEMBRE DE 2017", el documento "AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO – 15 DE NOVIEMBRE DE 2017", documento "CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL No. 201705074", documento "REGISTRO PRESUPUESTAL No. 115 – 201705514 – 16 DE NOVIEMBRE – 2017", pruebas estas que contrario a lo manifestado por el Dr. ARIAS, dan crédito de la constancia de soportes que evidencian la existencia del daño patrimonial.

Frente a los argumentos de defensa planteados por el Dr. ARIAS en lo relacionado con el rol que cumplió la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, que se relacionan directamente con la conducta desplegada en los hechos objeto de investigación, comparte este Despacho de Responsabilidad Fiscal, que en desarrollo del cargo que ostentó para la época de los hechos de – GERENTE DE ÁREA, el cual señaló entre otras funciones las de garantizar, dentro de sus respectivas competencias, el oportuno apoyo a las áreas operativas de la empresa con el propósito de gestionar la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios y el logro de óptimos indicadores de gestión, dirigir, controlar y establecer el mejoramiento para el adecuado funcionamiento de su dependencia, gestiones estas que a pesar que la entidad EMCALI EICE ESP encontrarse en una situación excepcional como ya se dijo en un aparte de esta providencia, se observan a folios 306 al 397 del expediente, documentos donde se describen las gestiones administrativas realizadas por la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, que se dieron con ocasión de los hechos objeto de investigación.

Es en tal sentido, que el Dr. ARIAS despliega en sus argumentos de defensa las siguientes gestiones administrativas:

"(...) Lo realizado en forma general para gestionar el 100% de las vacantes y la vacante en análisis del departamento de cobro coactivo fue:

- 1. De septiembre a noviembre del 2014, en tan solo 3 meses de su ingreso a la entidad, se estableció, de acuerdo a las directrices del Gerente General y la Junta Directiva la estrategia y el plan de acción para implementar el proceso de concursos para llenar las 35 vacantes existentes a la fecha y las que se presentaran con posterioridad, las cuales, como se ha mencionado, no se habían cubierto en los últimos 13 años. (Ver estrategia y plan de acción que reposan en el expediente).*
- 2. En el 2014, se solicitaron los presupuestos para ejecutar el plan de convocatoria de concursos. Se analizó y solicitó la disponibilidad de recursos financieros, administrativos y logísticos para poder desarrollar este concurso. Como se evidencia en los testimonios que menciona la misma Contraloría, los concursos son trámites dispendiosos y requieren un plazo adecuado, recursos, intervención, priorización y gestión inter institucional para ejecutarlos.*
- 3. A finales del 2014, se estableció la estrategia y el plan de acción, que consta en los archivos de este expediente, donde se detallan todas las acciones proyectadas a realizar. Estrategia que se implementó al 100% y dio origen a establecer qué vacantes se sacaban a concurso en la primera fase (año 2015) y qué vacantes saldrían en la segunda fase (año 2016). Así:*

ESTRATEGIA:

Priorizar el proceso de selección para ocupar las vacantes, basado en el presupuesto de la entidad, su capacidad operativa y administrativa. Estableciendo fases dónde se gestionará en primera instancia las vacantes que más se requieren para el cumplimiento de la misión de la entidad.

1355

Basada en esa estrategia institucional:

- Se priorizó el proceso, frente a las tareas a desarrollar de forma inmediata, como muestra el plan de acción, cronograma y su ejecución en el año 2015. Reitero que el retiro de mi representada fue a principios de enero de 2015 y la segunda etapa correspondía realizarla a la nueva administración.
 - Se solicitaron los presupuestos y los recursos tanto financieros, como administrativos, logísticos y de personal. Recursos que no son ilimitados, por lo que se establecieron dos fases durante los dos años subsiguientes para desarrollar este proyecto.
 - **Las vacantes a priorizar por directriz de la estrategia, eran las de las áreas misionales de la entidad.** Las operativas, como la que corresponde a la dirección de cobro coactivo, pertenece a un área de apoyo. No misional como son las del área de acueducto, energía etc.
4. A diciembre del 2014, se realizó la recopilación y levantamiento de vacantes existentes. Para la fecha, se determinó que existían 34 vacantes.
 5. A la fecha de la recopilación preliminar, el cargo de la dirección de cobro coactivo se encontraba ocupado en propiedad. Es decir, no fue objeto de estudio inicial, al no encontrarse vacante.
 6. De diciembre del 2014 a abril del 2015 se estableció, planeó, implementó y se hizo control a la primera fase de recopilación de información. Para lo anterior, se trabajó con las áreas y sus respectivos gerentes para priorizar en conjunto las necesidades de las vacantes en la primera fase y cuáles quedaban para la segunda fase según la estrategia y se determinó sacar 25 vacantes de las cuales los gerentes de áreas enviaron los requisitos del cargo. En este grupo de vacantes no se incluyó la vacante de cobro coactivo. Por las razones expuestas más adelante.
 7. El 04 de mayo de 2015, después de todos los trámites precontractuales y recopilación de información de las vacantes, se firma el contrato No. 800-GA-PS.0530 de 2015, con la Universidad ICESI para desarrollar la primera fase de los concursos. "Adelantar el proceso de diseño, construcción, aplicación, evaluación y calificación de pruebas de conocimientos teóricos, psicotécnicos y prácticas dentro del proceso de selección y enganche del personal que requiere EMCALI para cubrir sus necesidades de personal, fundamentado en concurso de mérito..."

De igual forma se establecieron los cargos que saldrían a concurso acorde con el presupuesto disponible y priorización de necesidades del servicio, que se refleja así:

(...)"

Y más delante de su escrito de argumentos de defensa cita el Dr. ARIAS lo siguiente:

"(...) EXPLICACIÓN CRONOLÓGICA DE LA VACANTE EN ANÁLISIS:

8. Es importante que la Contraloría tenga en contexto que se contaba con múltiples vacantes a gestionar que no se habían realizado 13 años atrás, como se ha mencionado y la situación imperiosa e integral que demuestra las dificultades con que contaba la entidad, el análisis que la entidad no se enfoca a resolver el tema de una sola vacante que quedaba vacante. Todas las vacantes eran indispensables y por eso se requiere priorizar de acuerdo a los lineamientos dados por el Gerente General y la Junta directiva a mi representada.
9. En diciembre del 2014; se dio la renuncia de la funcionaria que ocupaba el cargo en la dirección de cobro coactivo.
10. De enero a abril del año 2015, este cargo de la dirección de cobro coactivo quedó vacante por cuanto que no se solicitó ningún encargo por parte de la Gerencia General o director de área a la JEFE DE DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN HUMANA Y ORGANIZACIONAL. Periodo de meses que como se menciona en el punto 6, se dio la priorización de la primera fase, se contrató la universidad y se

asignó en ese contrato los cargos a concursar. Incluir este cargo no priorizado en la primera fase para la Gerencia que lideraba mi poderdante, no se podía ni se requirió.

11. En abril del 2015, cuando inició funciones como director del departamento de cobro coactivo, el Dr. Céspedes, este analizó la situación de su área recién asignada y solicitó varios encargos a la JEFE DE DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN HUMANA Y ORGANIZACIONAL. Las cuales gestionó y tramitó para la firma de la gerente de área, después de validar su viabilidad y darle su VoBo para proceder a la firma.
12. Esta vacante se incluyó desde principios del año 2015 dentro del proceso de planeación de las convocatorias, para que se realizará los trámites a seguir según la estrategia de priorización y de conformidad con lo establecido en el numeral 19 de la convención que igualmente estipula:

ARTÍCULO 5: El objetivo y finalidad del concurso el proceso de concurso tiene por objetivo garantizar el mérito de los trabajadores oficiales y como finalidad proveer los cargos vacantes objeto de la convocatoria o los que se presenten con posterioridad durante la vigencia de la lista de legibles, siempre y cuando se cumpla con el estricto orden de las mismas, así como con el perfil **y los requisitos específicos exigidos por el área donde está la vacante escrita**, se tenga el mismo nivel salarial estudio para la provisión de la casilla con los puntajes elegibles a cargo de la Gerencia de Talento Humano o quien haga sus veces y/o a Solicitud escrita del gerente de la área interesada a cubrir la vacante. (resaltado mío).

Como se puede colegir entre lo que debía realizarse, está lo resaltado del párrafo anterior. La convención en el artículo 19 establecía que **los requisitos específicos exigidos para el cargo, para sacarlos a concurso, fueran dados por el área donde estaba la vacante adscrita**. Como bien lo menciona la Contraloría, basado en las pruebas anexas, se solicitó en reiteradas ocasiones al Gerente General de Emscali de su momento, que enviará los requisitos en mención para el cargo vacante del área de cobro coactivo adscrita a su gerencia. Al no ser enviados estos requisitos por el gerente, no se pudo completar el trámite respectivo y sacar a concurso en el año 2015 máxime cuando era una vacante del área operativa y no misional que fueron las vacantes priorizadas como primeras en salir.

Por eso reiteramos a la Contraloría, analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo se desarrollaron los hechos y que exoneran de responsabilidad a la Dra Ortiz, pues los hechos constitutivos de culpa por los cuales la vacante en estudio no se priorizó son ejecutados o se dejaron de realizar directamente por otras personas. Quedando evidente que su gestión, en este caso en particular de estudio, dependía de otras áreas no de sus propias acciones.

13. El 3 de agosto del 2015, se publican los cargos que entraron a concurso, donde, como se menciona arriba y reitero, no se incluye la vacante en cuestión al no haber sido gestionada como correspondía por la Gerencia General y quedando para la segunda fase en el año 2016. Lista de concursos que no podía ser modificada para incluir más vacantes por cuanto eran las que estaban establecidas en el contrato con la Universidad que hizo las pruebas basados en la priorización realizada.
 14. El 6 de agosto del 2015, se reitera por parte del director de cobro coactivo a la directora del Departamento de Planeación Humana y Organizacional ampliar el encargo.
 15. Cabe anotar que la Dirección del Departamento de Planeación Humana y Organizacional es quien recibe según el manual de funciones y procedimientos, las solicitudes de las áreas, las analiza y las gestiona para la firma, después de revisar la viabilidad de la misma. Aquí se presentó la situación a analizar en contexto, pues esta solicitud llegó muchos meses después de iniciada y priorizada la primera fase, se enfrenta entonces la Entidad a la necesidad de determinar si se deba o no dar el apoyo requerido por el departamento de cobro coactivo para el cumplimiento de las metas a beneficio de la Entidad. En el análisis realizado se concluyó que
1. el 23 de mayo de 2018, el equipo jurídico de la entidad, radica demanda de nulidad

1356

y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución No. 2016002510 CGPIVC del 14 de septiembre de 2016, cuyo proceso tenía como radicado 76001333301920180011800, ante el Juzgado Administrativo 019 de Cali.

2. En el año 2019, mi poderdante Liliana Ortiz como ex Gerente administrativa, y los representantes del sindicato USE, suscribieron un acta en la que aceptaron que **POR MOTIVOS DE NECESIDAD MAYOR PARA LA ENTIDAD** tuvo que desconocer el contenido de la Convención Colectiva firmada entre la empresa y el sindicato, aclarando y solucionando de esta manera el previo desacuerdo existente.
3. El 24 de febrero de 2021 este proceso de nulidad finalmente fue archivado por la caducidad de la acción.
4. Se realiza la segunda fase del proceso de concursos y la vacante de Cobro coactivo se gestiona a finales del año 2016 junto con las demás vacantes pendientes.

(...)"

Igualmente, recalca en sus argumentos el Dr. ARIAS frente a los hechos objeto de investigación, la necesidad que se tenía por parte del área de Cobro Coactivo de los encargos realizados, enfatizando que los mismos debieron de mantenerse desde abril 15 dado que la meta de cumplimiento que tenían en el área consistía en la gestión de más de 21.000 expedientes de cobro; sumado a que tal departamento tenía escasez de personal interno y externo, al no contar más con la entidad externa que los apoyaba en la función de cobro, COVINOC, situaciones estas que quedaron demostradas a través de la práctica de prueba de inspección de documentos en las áreas de la Gerencia General, Cobro Coactivo, Depto de Planeación Humana y Organizacional, de EMCALI EICE ESP, como también de los testimonios rendidos por los señores. JUAN DIEGO CÉSPEDES, CARMEN CILIA ROJAS GARZÓN, GIOVANNI CESTAGALLI CALEANO, obrantes a folios 1277 al 1281 del expediente.

Concluye el citado profesional del derecho que *"una de las razones de fondo para prorrogar los encargos por fuera del término de lo establecido en la Convención Colectiva, no fue omisión ni negligencia para no cumplir lo preceptuado en la convención, fue **que no colapsara el proceso administrativo de cobro, tal como sucedió y lo demostró el director del Área Juan Diego Céspedes de acuerdo a las estadísticas y resultados de los funcionarios encargados, no siendo una causal ajena a la necesidad del servicio la que motivó a la alta gerencia y la directiva el no proveer dicho cargo, por el cual se impuso una multa a EMCALI**"*.

Por último, este Despacho se ocupa del análisis de lo argumentado por el Dr. ARIAS en lo relacionado con la **"INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL"**, de conformidad a lo señalado con el artículo 5 de la ley 610 de agosto 15 de 2000.

En tal sentido, esta Agencia Fiscal, de manera especial se referirá al elemento de la conducta dolosa o gravemente culposa, toda vez que sobre el elemento daño patrimonial ya realizó el análisis, concluyendo que en el caso objeto de investigación se configura el elemento daño patrimonial por las razones antes expuestas.

En tal sentido, dice el Dr. ARIAS lo siguiente:

"(...) A continuación explicaré que en el presente caso no se presentó ninguno de los elementos.

3.1. EN CUANTO A LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

Recordemos que la Constitución Política de Colombia en su artículo 2, define que: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Así mismo, establece que: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La Constitución de Colombia en su artículo 209 expresa: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones". Igualmente preceptúa que: "Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".

También la Carta Política dispone en su artículo 288 que: "Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley".

Con base en lo demostrado, Liliana Ortiz de la Cruz obró acatando la Constitución Política y su manual de funciones respectivo, quedando claro **además que no ejerció gestión fiscal alguna.**

Así mismo recordemos que la imputación en materia de responsabilidad fiscal se puede dar de la siguiente forma:

CULPABILIDAD EN MATERIA FISCAL		
FORMA DE CULPABILIDAD	DESCRIPCIÓN	CASO
Dolo	Conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización.	La señora Liliana Ortiz no actuó con la intención de causar un daño, por el contrario, se puede ver que obró en cumplimiento de sus funciones al liderar la organización y planeación de concursos mediante los cuales se ocuparían las vacantes definidas en la primera fase; no obstante, se demostró que la vacante para profesional administrativo II no se encontraba definida para dicho concurso no por causas a ella atribuibles; sin embargo, quedó probado que este cargo sería proveído mediante el siguiente concurso.

1357

Culpa grave	Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.	La señora Liliana Ortiz no actuó con la inobservancia del cuidado en sus actuaciones, por el contrario, obró en cumplimiento del deber funcional, pues analizaba cada decisión, junto con su equipo de trabajo, para surtir los concursos y el personal de acuerdo a las necesidades definidas por cada gerencia. Tan pendiente estaba de los concursos que se puede evidenciar que se envió correos reiteradamente al gerente general para que enviara los requisitos. Se alineó con la
		Estrategia institucional y cumplió a cabalidad todos los pasos y etapas estructuradas. Adicionalmente, en el informe de entrega del cargo, dejó recomendada la provisión del cargo para el 2016.

En ese sentido, es pertinente que el Despacho recuerde las características que conforman la responsabilidad fiscal, como lo señala la Sentencia SU-620 de 1996 de la Corte Constitucional así: (...).

Concluye que el actuar de los presuntos responsables fiscales aquí involucrados, obedeció a las circunstancias excepcionales en que se encontraba para la época de los hechos la entidad EMCALI EICE ESP.

Es por estas circunstancias excepcionales, que este Despacho retoma para la presente investigación lo señalado por la legislación Colombiana, que acogió en el Código Civil, el concepto de culpa en tres definiciones normativas que emanan del artículo 63, así:

1) "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 materias civiles equivale al dolo". Ha de entenderse que la equiparación que hace el artículo 63 del Código Civil, de la culpa grave al dolo, hace relación es a los efectos; en tal sentido, quien incurre en culpa grave es responsable aún de los perjuicios imprevistos, en virtud del artículo 1616, inciso 1º ibídem, que dice: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento."

2) "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". Es la que no comete un buen administrador, corresponde a una diligencia mediana.

3) *“Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.*

Situaciones estas, en la que no se encuentra enmarcado el actuar de los presuntos responsables fiscales, por cuanto como se ha reiterado en la presente providencia, el actuar obedeció a circunstancias excepcionales en que se encontraba EMCALI EICE ESP, tales como: El levantamiento de la toma de posesión de las empresas municipales de Cali EMCALI EICE ESP (24 DE JUNIO DE 2013), sino también por la terminación del contrato con Covinoc el 31 de diciembre de 2013, circunstancias que se encontraban por fuera del manejo y control de los aquí involucrados en el proceso de responsabilidad fiscal y que conllevaron a que la entidad realizara los encargos que dieron lugar a la imposición de la Sanción con Multa antes señalada, por fuera de los términos de prórroga establecidos en el artículo 19 de la Convención Colectiva de EMCALI EICE ESP.

Ahora bien, frente a las solicitudes procesales presentadas por el Dr. ARIAS en el escrito de argumentos de defensa, lo primero en señalarle al profesional del derecho Dr. ALEJANDRO ARIAS, es lo siguiente:

No atenderá este Despacho de Responsabilidad Fiscal, lo pertinente a Vincular a la Dra. CARMEN ELVIRA OSPINA DE BORRERO GERENTE DE ÁREA GESTIÓN HUMANA Y ACTIVOS DE EMCALI, desde enero del 2016, y así se consignara en el resuelve de la presente providencia, toda vez que los hechos que dieron lugar a la imposición de la multa por parte del MINISTERIO DE TRABAJO – COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, los mismos se ocasionaron desde el 18 de agosto de 2015 hasta el 08 de enero de 2016, periodo en que la citada Dra. CARMEN ELVIRA, no fungía en la calidad citada por el Dr. ARIAS y por lo tanto no es dable imputarle responsabilidades de gestión fiscal por hechos en los cuales no tuvo su actuar administrativo, como se desprende de las pruebas obrantes a folios 44 al 46 del expediente.

Tampoco atenderá este Despacho, la solicitud en el sentido de:

“(…) VINCULAR como PRESUNTA RESPONSABLE al presente proceso de responsabilidad fiscal a la señora MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ, quien se desempeñaba en su momento, el cargo de jefe del departamento de planeación Humana y Organizacional; pues es pertinente delimitar los roles de quienes intervinieron en la planeación, gestión y firma de los encargos, de manera que el ente de control determine el alcance de la conducta de esta funcionaria, pues es claro que mi poderdante actuó conforme a una serie de directrices y de trámites a nivel interno, siendo imprescindible vincular a quienes contribuyeron y/o participaron en la planeación, gestión y aprobación de los encargos (...).”

Toda vez que el citado Dr. ARIAS no aporta las pruebas que de manera directa, comprometan la responsabilidad de la Dra. MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ en los hechos que ocupan la presente investigación, se reduce el citado Dr. ARIAS a mencionar la calidad que ostentaba la Dra. MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ para la época de los hechos de jefe del Departamento de Planeación Humana y Organizacional, mas no hace un relato ni siquiera sucinto de como su gestión administrativa afecto los intereses patrimoniales de la entidad.

Observa este Despacho de Responsabilidad Fiscal que las pruebas obrantes a folios 309, 314, y 341, las mismas están direccionadas a las responsabilidades del actuar

1358

de la citada Dra. HERNÁNDEZ no en el proceso de encargo, como si se dio con la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ quien impartió la orden de los encargos que ocupan la presente investigación (ver folios 44 al 46 del expediente), contrario a la gestión que tenía la Dra. MARÍA DEL PILAR HERNÁNDEZ cual era la de convocar a concurso a los cargos vacantes, según se desprende de la prueba obrante folios 339 al 341 del expediente.

Más aún, ha concluido este Despacho frente a la configuración del daño patrimonial, en el contexto jurídico de la vulneración del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo de EMCALI EICE ESP y su consecuente sanción por pago realizado mediante: "DOCUMENTO CUENTA POR PAGAR No. 622198 AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO NO. 483 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 POR VALOR DE \$104.000.000, CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL NO. 201705074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y REGISTRO PRESUPUESTAL NO. 115 – 201705514 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2017, prueba obrante a folio 5 del expediente, documento "REFERENCIA CRUZADA – CONTENIDO DIGITAL" Ruta de acervo probatorio hallazgo fiscal:T:\Dir_R_Fiscal\FUNCIONARIOS RESPONSABILIDAD FISCAL\WILLIAM PAYAN PELÁEZ\EXPEDIENTES ASIGNADOS - 2020 - 2022\1332-18, y no en el posterior proceso de convocatoria a concurso de los cargos vacantes.

Del mismo modo, este Despacho no atenderá lo solicitado por el Dr. ARIAS, en el sentido de:

"(...) Vincular al funcionario encargado de la defensa de los intereses judiciales en Emcali que en la fecha de los hechos le correspondía dirigir el Departamento Jurídico, iniciar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución N° 2016002510 CGP/VC, y ejercer la defensa de los intereses de EMCALI de forma diligente. Razones para esta solicitud se establece más adelante cuando se expongan los motivos. En la solicitud de pruebas se solicitará pedir a Emcali informar el nombre, correo y cargo desempeñado para la fecha de los hechos.

Toda vez que como lo ha manifestado este Despacho, los hechos objeto de investigación no están dados con ocasión de las gestiones administrativas laborales posteriores a la imposición de la multa por parte del MINISTERIO DE TRABAJO - COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, sino a las circunstancias que generaron la imposición de la citada multa, es de anotar que obra en el expediente a folios 1104 y 1105, documento "ACTA No. 101 – JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI – AUDIENCIA INICIAL ART. 180 DE LA LEY 1437 DE 2011", en donde en el resuelve de la providencia se ordena "DECLARAR PROBADA la excepción de caducidad del medio de control", situación está que no es competencia de este Órgano de Control Fiscal.

Por último, en lo relacionado con la solicitud en el sentido de:

"(...) Vincular El funcionario de Emcali que en su libre proceder procedió a pagar una multa que no estaba en firme pues se había interpuesto una solicitud de nulidad, al haber sido impuesta esta, por un ente no competente para ello. En la solicitud de pruebas se solicitará pedir a Emcali informar el nombre, correo y cargo desempeñado para la fecha de los hechos (...)"

Este Despacho igualmente no atenderá lo solicitado, en razón que el citado Dr. ARIAS, no aporta prueba alguna sobre la identificación del funcionario al que hace referencia, no describe de manera aunque sumaria de las responsabilidades que le

asistían al funcionario, que le acrediten responsabilidad frente a los hechos objeto de investigación, en la forma como se enuncia la situación por el Dr. ARIAS, no nos encontramos ante una conducta competencia de este Órgano de Control Fiscal.

DE LA PRUEBA OBRANTE A FOLIOS 581 AL 622 DEL EXPEDIENTE, DOCUMENTO "ESCRITO ARGUMENTOS DE DEFENSA PRESENTADOS POR PARTE DE LA APODERADA DEL MENOR JOSÉ MAURICIO PACHÓN FLÓREZ HEREDERO DEL SEÑOR JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), se tiene lo siguiente:

Frente a los argumentos de defensa presentados por la Dra. MARTHA CECILIA ARAGÓN GARCÍA en su calidad de apoderada del menor JOSÉ MAURICIO PACHÓN FLÓREZ heredero del señor JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), señalado por este Despacho como presunto responsable fiscal en los hechos que ocupan la presente investigación, este Despacho observa que los mismos se encuentran dados en principio en contra de las imputaciones realizadas en el Auto No. 1600.20.10.23.177 de 18 de septiembre de 2023.

Igualmente se hace una argumentación respecto a la omisión que se le endilga al Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN (Q.E.P.D), haciendo una referencia legal del proceso de responsabilidad fiscal, su conceptualización, y los elementos que la componen, y posteriormente entrar al análisis con el fin de demostrar la ausencia de responsabilidad fiscal del citado Dr. PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D).

En los argumentos presentados por la Dra. MARTHA CECILIA ARAGÓN, la misma hace un recuento de lo señalado por el artículo 19 de la Convención Colectiva vigente para el año 2015 y sobre la Resolución de Selección y Eenganche establecido en la Resolución No. GG.000963 de 18 de julio de 2008 "Por la cual se modifica la Resolución No. GG. 000879 del 05 de septiembre de 2007".

Ahora bien, en lo argumentado por la Dra. MARTHA CECILIA, sobre que el Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) su vinculación se dio no hasta el día 08 de enero de 2016, este Despacho comparte la textualidad en lo relacionado con la fecha antes en cita, no obstante de la prueba señalada como argumento oficio consecutivo 8310012032019, obrante a folios 79 y 80 del expediente, se observa que en el ítem "GERENTES GENERALES PARA LA VIGENCIA DEL 2015 AL 2016", se señala que el citado Dr. PACHÓN ocupó el cargo de gerente general desde el 23 de junio de 2015 al 30 de diciembre de 2015, y en el entendido que los encargos que ocupan la presente investigación los mismos se dieron en vigencia de la gestión administrativa que le competía al Dr. PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), en su calidad de gerente general de EMCALI EICE E.S.P, como se evidencia a folios 44 y 45 del expediente, y que los mismos por el incumplimiento de la norma convencional conllevaron a la imposición de la multa por parte del MINISTERIO DE TRABAJO – COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, además que el citado Dr. PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) tenía como establecido en su Manual de Funciones "(...) II. PROPÓSITO PRINCIPAL. Planear, organizar, dirigir, controlar y coordinar todas las actividades de manejo, administración, y proyección de la empresa (...)", y teniendo en cuenta que obra en el expediente a folios 332 y 333 prueba "Formato donde se evidencia que la Gerencia General no priorizó ninguna vacante para que fuera tomada en cuenta en la primera Fase (...)", este Despacho de conformidad a lo establecido en el artículo 6 de la Ley

1359

610 de agosto 15 de 200, lo vinculó como presunto responsable fiscal, a título de contribución al detrimento patrimonial de que fue objeto EMCALI EICE ESP en los hechos que ocupan la presente investigación.

Hace la citada Dra. MARTHA CECILIA una exposición argumentativa sobre el procedimiento de selección y enganche para la provisión de los cargos vacantes, perdiendo el norte que lo señalado por parte de este Despacho es referente al incumplimiento del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo y que en consecuencia dicho incumplimiento dio lugar a la imposición de la plurimencionada sanción con multa por parte del Ministerio de Trabajo – Coordinación Grupo de Prevención Inspección, Vigilancia y Control.

Es indubitable que el Dr. PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D) en su calidad de Gerente General, tenía el deber funcional de planear, organizar, dirigir, controlar y coordinar todas las actividades de manejo, y administración de la empresa, gestiones estas que para el caso objeto de investigación, se vieron afectadas en su cumplimiento frente a los hechos objeto de investigación, por las situaciones excepcionales ya mencionadas en la presente providencia.

Idéntica situación se presenta con el actuar de la presunta responsable fiscal Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ en su calidad de Gerente Área de Gestión Humana y Administrativa para la época de los hechos, la cual las circunstancias excepcionales en que se encontraba la entidad exculpan el actuar de los presuntos responsables fiscales.

DE LA PRUEBA OBRANTE A FOLIOS 899 AL 910 DEL EXPEDIENTE, DOCUMENTO ESCRITO ARGUMENTOS DE DEFENSA PRESENTADOS POR PARTE DEL APODERADO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS ALLIANZ SEGUROS S.A, Dr. GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, se tiene lo siguiente:

Frente a los hechos objeto de investigación, manifiesta el Dr. GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA manifiesta que "(...) **ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL** (...) la Contraloría General de Santiago de Cali encontró, en razón del proceso de Auditoría realizado, fundamentos para adelantar el presente trámite con ocasión del presunto detrimento patrimonial por valor de **\$104.000.000**, por los hechos relacionados con el supuesto pago una sanción al Ministerio de Trabajo por vulneración a la Convención Colectiva de Trabajadores, al efectuar encargos durante las vigencias 2015 y 2016, desconociendo lo dispuesto en el artículo 19 de la citada Convención, puesto que se realizaron encargos que superaron los noventa (90) días", en cuanto a esta manifestación es menester señalarle al Dr. HERRERA que desde el mismo momento de la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, este Despacho tuvo la certeza del elemento daño patrimonial como presupuesto para dar inicio a la Apertura de Investigación, no es dable aceptar lo consignado en lo relacionado que nos encontramos bajo el "supuesto pago de una sanción al Ministerio de Trabajo por vulneración de la Convención Colectiva", toda vez que obra en el expediente prueba contundente que así lo demuestra, como es pago realizado mediante: "DOCUMENTO CUENTA POR PAGAR No. 622198 AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO NO. 483 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 POR VALOR DE \$104.000.000, CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL NO. 201705074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y REGISTRO PRESUPUESTAL NO. 115 – 201705514 DEL 16 DE

NOVIEMBRE DE 2017, prueba obrante a folio 5 del expediente, documento "REFERENCIA CRUZADA – CONTENIDO DIGITAL" Ruta de acervo probatorio hallazgo fiscal :T:\Dir_R_Fiscal\FUNCIONARIOS RESPONSABILIDAD FISCAL\WILLIAM PAYAN PELÁEZ\EXPEDIENTES ASIGNADOS - 2020 - 2022\1332-18, que da crédito de la configuración del daño patrimonial.

En tal sentido, la argumentación del citado Dr. HERRERA sobre que "(...) Teniendo en cuenta lo anterior, expondré ante su Despacho los argumentos de defensa que evidencian la inexistencia de responsabilidad indemnizatoria por parte de mi representada frente a la ocurrencia de los hechos objeto del presente asunto, luego que, considera el suscrito, no se encuentran probados los supuestos de hecho y de derecho indicados por el ente fiscal", carece de total fundamento, toda vez que como ya se señaló por parte de este Despacho, el supuesto de hecho enmarcado en la existencia del daño por la vulneración del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo y su consecuente imposición de la sanción con multa por valor de \$104.00.000 por parte del Ministerio de Trabajo – Coordinación Grupo de Prevención Inspección, Vigilancia y Control, se encuentra plenamente demostrado, igualmente se encuentra demostrado el supuesto de derecho, por el incumplimiento del precepto normativo Convencional art. 19.

No comparte y no son de recibo los argumentos "FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL", señalados por el profesional del derecho Dr. HERRERA, por cuanto desde el mismo momento de su exposición de argumentos el citado Dr. HERRERA desconoce la existencia del daño, no obstante estar probada su certeza en los hechos que ocupan la atención en la investigación que se adelanta por parte de este Despacho de Responsabilidad Fiscal.

Es la misma Ley 610 de agosto 15 de 2000 art. 5º y la Jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional, que dieron los argumentos jurídicos a este Despacho para Aperturar Proceso de Responsabilidad Fiscal, toda vez que se encuentra demostrado el elemento daño, como presupuesto para dar inicio a la Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal, además de la existencia de indicios serios sobre los posibles autores del mismo, como lo consagra el artículo 40 de la citada Ley 610.

Dice igualmente el citado Dr. HERRERA que "(...) en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal (...)", manifestación esta que no da a lugar por lo ya expuesto y probado por parte de esta Agencia Fiscal.

Solo para efectos de evidenciar el equívoco en que se encuentra el profesional del derecho Dr. HERRERA, este Despacho retoma el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, citada en el escrito de argumentos de defensa por parte del Dr. HERRERA, con el fin de denotar que es el mismo Alto Tribunal de cierre Administrativo en su Sala de Consulta y Servicio Civil, quien se ha pronunciado en los mismos términos, al establecer que "(...) para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, definitivamente debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. No obstante, no cualquier tipo de daño es susceptible de ser resarcido en un proceso fiscal, sino solo aquél que se encuentre debidamente acreditado, y que, además, se predique respecto de una entidad u organismo estatal en concreto (...)"

1360

En el caso objeto de investigación, como ya se dijo, se encuentra acreditado el daño patrimonial y la entidad que finalmente se vio afectada en su disminución de los recursos públicos al tener que desembolsar el valor de \$104.000.000 por concepto de sanción de multa impuesta por el Ministerio de Trabajo y su correspondiente pago como ha quedado demostrado en el análisis probatorio que antecede los argumentos de defensa que nos ocupan.

Veamos que dijo el Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

*“(...) La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**” (...)2 (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente, situación está que ha quedado plenamente demostrada en el expediente.

En sus argumentos de defensa dice el Dr. HERRERA en uno de sus partes:

“(...) EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, CONCRETAMENTE, NO SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS INVESTIGADOS.

Al tenor de lo consagrado en el artículo 5º de la ley 610 de 2000, por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías, los elementos integrantes de la misma son los siguientes: “(...) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (...)”. Así las cosas, a falta de uno de ellos no podrá realizarse declaratoria alguna de responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados, y mucho menos una eventual responsabilidad civil en contra de mi prohijada como garante vinculada (...)”.

“(...) Lo cierto es que se requería llenar la vacante del cargo Profesional Administrativo II, para asegurar el correcto funcionamiento de la dependencia y la satisfacción de las necesidades de la empresa de servicios públicos domiciliarios.

*En efecto, las actividades desarrolladas por los investigados, en especial de los señores **JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES, (q.e.p.d.), y LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ,** se circunscribieron al rol que les asistía a cada uno de ellos, por ello, es posible admitir que dichos funcionarios públicos buscaron –con buena fe– cumplir las responsabilidades que legalmente les fueron asignadas; de manera que las conductas desplegadas en torno a llenar la vacante del cargo Profesional Administrativo II, fueron conducentes, oportunas, diligentes, y ejecutadas tal como lo haría cualquier hombre de negocios en sus propias actividades (...)”.*

Frente a lo argumentado en lo relacionado con la “(...) INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL (...)”, este Despacho no

comparte lo relacionado con la manifestación en cuanto que “Además de encontrarse en el asunto bajo análisis la ausencia de probanzas sobre la existencia de un daño patrimonial real (...)”, toda vez que de manera reiterada, se ha demostrado por parte de este Despacho de manera plena, la existencia del elemento daño patrimonial a la entidad, en los términos consagrados no solo por la Ley 610 de agosto 15 de 2000, sino por los pronunciamientos elevados por los Altos Tribunales Constitucional y Consejo de Estado.

“(...) y sobre el actuar de carácter doloso o culposo por parte de los funcionarios públicos presuntamente responsables, se tiene que adicionalmente, no es posible concretar un nexo de causalidad entre el daño y la conducta del infractor de la norma, que permitan la continuación del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por su Despacho (...)”

Continúa el Dr. HERRERA con sus argumentaciones de defensa en el siguiente sentido:

“(...) III. FUNDAMENTOS DE DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE LA ALLIANZ SEGUROS S.A. COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

(...)

EL ENTE DE CONTROL PASÓ POR ALTO QUE EL DOLO Y LA CULPA GRAVE SON RIESGOS INASEGURABLES, Y CON FUNDAMENTO EN LAS PÓLIZAS DE MANEJO GLOBAL Nos. 021311843/0 y 021735511/0, NO ERA POSIBLE MANTENER LA VINCULACIÓN COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE A MI PROCURADA.

(...)”.

En este aparte del análisis es menester en relación con lo argumentado por el Dr. HERRERA, frente a la Compañía de Seguros que representa como apoderado de la misma y específicamente en lo pertinente a la PÓLIZA DE MANEJO ESTATAL No. 21735511 – Con Vigencia 02/04/2015 a 19/04/2016, compañía de seguros: ALLIANZ SEGUROS S.A. NIT: 860.002.400-2 con el 80%, y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en Coaseguro, con el 20%, señalar que la póliza en mención obrante a folios 594 al 609 del expediente, establece en el capítulo de “CONDICIONES GENERALES – PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL ESTATAL DE MANEJO” ítem “1. AMPARO” lo siguiente:

“La compañía ampara a las entidades contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos o actos u omisiones, que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal (...)”.

En tal sentido, y de conformidad no solo con lo acordado en la citada póliza, sino también con lo consagrado por el art. 44 de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, y la Sentencia entre otras No. C – 648 de la Corte Constitucional, la Compañía de Seguros ALLIANZ SEGUROS S.A, está llamada a responder en su calidad de tercero civilmente responsable en el hipotético caso de darse un Fallo con responsabilidad fiscal.

En relación con lo argumentado por el citado profesional del derecho Dr. HERRERA, frente a que “(...) **EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, CONCRETAMENTE, NO SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DE UN DAÑO PATRIMONIAL A EMCALI E.I.C.E. E.S.P**”, este Despacho no se pronunciara, toda vez que ha quedado suficientemente motivado, argumentado y probado, a través del análisis al acervo probatorio obrante en el

1361

expediente, que en el presente caso, estamos indubitadamente frente a la configuración de un daño patrimonial.

En relación con lo manifestado en sus argumentos de defensa por parte del Dr. HERRERA, en el sentido de "AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO No. 021311843/0, CON VIGENCIA COMPRENDIDA ENTRE EL 1º DE MAYO DE 2013 AL 27 DE FEBRERO DE 2014, EN TANTO QUE EL ACAECIMIENTO DEL HECHO INVESTIGADO NO OCURRIÓ DENTRO DE LA VIGENCIA PACTADA EN LA PÓLIZA", no comparte los argumentos este Despacho toda vez que la citada Póliza corresponde a la póliza inicial constituida por la entidad, siendo renovada mediante la Póliza No. 0217355110 con vigencia desde el 02 de abril de 2015, al 09 de abril de 2016, comprendiendo la época de los hechos que acontecen la presente investigación..

Argumenta en su defensa el Dr. HERRERA que "INEXISTENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE MANEJO No. 021735511/0, CON VIGENCIA COMPRENDIDA ENTRE EL 2 DE ABRIL DE 2015 AL 19 DE ABRIL DE 2016, POR CUANTO AL MOMENTO QUE SE HACE EL DESCUBRIMIENTO DE LA PÉRDIDA EL CONTRATO DE SEGURO NO SE ENCONTRABA VIGENTE", consignando lo siguiente:

"No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi prohijada, respecto de la Póliza de Seguro de Manejo No. 021735511/0. Por cuanto en las condiciones particulares del contrato de seguro se concertó la cláusula de descubrimiento, la cual reza:

"CLAUSULA DE DESCUBRIMIENTO

*No obstante cualquier estipulación en contrario en las condiciones generales y particulares de la póliza, se conviene que las pérdidas provenientes de los amparos del presente seguro, se regirán **por el término descubrimiento (Claims Made) y no ocurrencia y por lo tanto quedan debidamente amparadas todas las pérdidas que se descubran durante la vigencia de la misma**". (Énfasis propio).*

Conforme a lo anterior, tenemos que el descubrimiento se efectúa cuando el ente de control profiere el Auto de Apertura No. 1600.20.10.19.006 el 24 de enero de 2019, y vincula a las aseguradoras ALLIANZ SEGUROS S.A. y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (...)"

De lo anterior es preciso manifestarle a la profesional del derecho que el artículo 9º de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, ha establecido que el termino de caducidad de la acción fiscal es de cinco (05) años contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, en tal sentido la acción para adelantar la investigación por parte de este Despacho no ha caducado y dio lugar a la Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal – Procedimiento Ordinario.

Manifiesta en sus argumentos de defensa el Dr. HERRERA que en el "**PRESENTE CASO OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO (...)** Lo anterior teniendo en cuenta que ya han transcurrido más de dos (2) años desde la fecha en la que presuntamente señala el ente de control que ocurrió el detrimento patrimonial a EMCALI E.I.C.E. E.S.P", argumento que para este Despacho no es de recibo, toda vez que el Auto de Apertura de Responsabilidad Fiscal que dio inicio a la presente investigación, data desde el 19 de enero de 2019 y de conformidad a lo consagrado por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 norma especial para proceso de responsabilidad fiscal, no ha operado la prescripción de la acción fiscal, veamos que reza el citado artículo:

“ARTÍCULO 120. Pólizas. 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 9 de la Ley 610 de 2000”.

Y el artículo 9 de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, reza:

Artículo 9°. Caducidad y prescripción. (...) La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. (...).”

DE LA PRUEBA OBRANTE A FOLIOS 913 al 928 DEL EXPEDIENTE, DOCUMENTO ESCRITO ARGUMENTOS DE DEFENSA PRESENTADOS POR PARTE DEL APODERADO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, Dr. LUIS EDUARDO OSPINA ZAMORA.

Refiere el citado Dr. OSPINA ZAMORA en sus argumentos de defensa, la no existencia de cobertura en los contratos Nos. 213111843 inicialmente y No. 021735511 posteriormente por renovación de la póliza inicial, con fecha de vigencia del 02 de abril de 2015 hasta el 20 de abril de 2016, suscrita por ALLIANZ SEGUROS S.A y LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS, argumento este que no comparte este Despacho toda vez que como lo menciona el Dr. OSPINA ZAMORA, los hechos datan desde el 18 de agosto de 2015 al 08 de enero de 2016, fechas en que se realizan los correspondientes encargos y en consecuencia la correspondiente sanción con multa a EMCALI EICE ESP, periodo este que como se vislumbra la póliza que nos ocupa se encontraba vigente, con amparo, más aún cuando la misma presenta un periodo de retroactividad como se puede observar del condicionado general de la citada póliza.

Ahora bien, frente a lo argumentado en cuanto a la “EXCLUSIÓN DE COBERTURA EXPRESA DE MULTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS O DISCIPLINARIAS IMPUESTAS AL SERVIDOR PÚBLICO Y/O A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA”, este Despacho no comparte dicho argumento, toda vez que revisadas las Pólizas se evidencia de su clausulado en el ítem 17 de la póliza inicial y de renovación que las mismas no hacen alusión a exclusión por concepto de multas y sanciones, por el contrario en el numeral 1º de las Condiciones Generales de la póliza de renovación No. 021735511 “AMPARO” se consigna lo siguiente:

“(...) AMPARO.

*La compañía ampara a las entidades estatales contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos por actos u omisiones, que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la administración pública o FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL (...).”
(Mayúsculas propio para resaltar)*

CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN PARA FALLAR

De acuerdo con las pruebas documentales allegadas por las partes, las versiones libres rendidas por los Dres. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), en su calidad de GERENTE GENERAL DE EMCALI EICE ESP, y LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ en su calidad de GERENTE ÁREA DE GESTIÓN HUMANA Y ADMINISTRATIVA DE EMCALI EICE ESP, para la época de los hechos, y los

1362

Descargos rendidos por los apoderados de las partes encartadas en el presente proceso, los rendidos por las Compañías de Seguros en su calidad de terceros civilmente responsables, las pruebas ordenadas y practicadas por este Despacho, lo que se vislumbra en la presente investigación es la ausencia del elemento Culpa grave y en consecuencia en el resuelve este Despacho ordenara FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL de conformidad a lo consagrado en el artículo 54 de la Ley 610 de agosto 15 de 2000 que reza:

“Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal”.

Si bien es cierto en el presente caso, este Despacho pudo evidenciar la certeza de la existencia del elemento daño patrimonial a la luz de lo consagrado en el artículo 6º de la Ley 610 de 200, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, los conceptos de las Contralorías como autoridad en materia fiscal y de manera específica en lo relacionado con la línea temática de multas y sanciones administrativas, no pudo establecerse el elemento de la culpa grave tipificada en cabeza de los presuntos responsables fiscales, en los términos señalados por la legislación Colombiana que acogió en el Código Civil, el concepto de culpa en tres definiciones normativas que emanan del artículo 63, para lo cual se desplegó todo un análisis frente a las circunstancias excepcionales en que se encontraba EMCALI EICE ESP a saber:

el levantamiento de la toma de posesión de las empresas municipales de Cali EMCALI EICE ESP (24 DE JUNIO DE 2013), sino también por la terminación del contrato con Covinoc el 31 de diciembre de 2013, empresa esta que como quedó demostrado en el expediente a través de los testimonios rendidos bajo la gravedad de juramento, no solo por el Dr. JUAN DIEGO CÉSPEDES en su calidad de Jefe de Departamento de Cobro Coactivo de EMCALI EICE ESP, para la época de los hechos, sino por otros testimonios rendidos con ocasión de la presente investigación, quien manifestó lo siguiente: *“(...) hay 2 coyunturas que acontecieron en el transcurso del tiempo de los hechos materia de investigación, la primera que refiere a la devolución de más de 23 mil expedientes del gestor externo COVINOC, para ser asumidas nuevamente por la entidad, si bien el contrato finaliza justo antes de tomar posesión en ese cargo, las actuaciones dentro de los expedientes estaban a espera de ser surtidas. Por ende, pasó la entidad de tener 6 mil expedientes a 29 mil expedientes promedio (...).”*

Que la valoración de las citadas pruebas, permite a este Despacho de Responsabilidad Fiscal concluir que en la presente investigación, la entidad realizó el pago por concepto de la sanción con multa impuesta por parte del Ministerio de Trabajo a EMCALI EICE ESP, por el incumplimiento de la Convención Colectiva de Trabajo art. 19, en cuantía de CIENTO CUATRO MILLONES PESOS (\$104.000.000)MCTE, omitiendo el deber legal, que obligaba que los encargos podrán ser hasta de noventa (90) días calendario y que al cumplirse dicho plazo la entidad estaba en la obligación de someter la casilla a concurso, situación está a la que no se le dio cumplimiento y así ha quedado plenamente demostrado en el plenario de la presente providencia.

Ahora bien, dado que ha quedado demostrado a través de las pruebas obrantes en el expediente, las versiones libres antes señaladas, los descargos y alegatos de

conclusión rendidos por los apoderados de confianza de los presuntos responsables fiscales investigados en el presente proceso de responsabilidad fiscal, y los apoderados de las Compañías Aseguradoras vinculadas como terceros civilmente responsables, la existencia del elemento DAÑO PATRIMONIAL, en tal sentido, es menester traer a colación lo señalado por el art. 6º de la Ley 610 de agosto 15 de 2000 que reza:

"Artículo 6º de la Ley 610 de 2000.

(...) Artículo 6º. Daño Patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, 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 (...). (Negrillas y subrayado por fuera de texto).

Del mismo modo, se hace necesario en el caso en cuestión, traer a colación algunos apartes de lo consagrado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia S.U. 620 DE 1996 cuando frente al daño dijo:

"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". (Subrayado por fuera de texto)

Del acervo probatorio obrante en el expediente, en concordancia con los preceptos normativos rotulados, se puede colegir sin lugar a equivocación alguna, que en el caso objeto de investigación, se tipifica lo consagrado por el ordenamiento jurídico antes señalado, en el sentido que el daño debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable a su real magnitud, con la connotación que se ha probado que la entidad EMCALI EICE ESP, ha sufrido un menoscabo, una pérdida, un detrimento a los intereses patrimoniales de la misma, al haber pagado una multa por valor de \$104.000.000, por la omisión e incumplimiento de la Convención Colectiva art. 19 como ya se dijo.

El tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDIA, en su obra "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL – TEORIA GENERAL DEL PROCESO, Tomo I, Decimocuarta edición 1996, Editorial ABC, página 38, sobre los procedimientos así predica:

"Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley. (...)

"El principio de la verdad procesal. Entiéndase por verdad procesal la que surge del proceso es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción

1363

allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra". (Negrillas y Subrayado propio para resaltar)

Para el mismo tratadista las pruebas judiciales, son "el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso";

En tal sentido y en aras de obtener la verdad procesal, este Despacho procedió a revisar y analizar cada una de las pruebas obrantes en el expediente y de manera especial las obtenidas a través de las versiones libres, testimonios, documentales y/o demás, en la cual cada una de las partes tuvo la oportunidad de expresar o argumentar a través de sus apoderados de confianza, la defensa a los hechos imputados por esta Agencia Fiscal, con el fin de establecer si en el caso objeto de investigación, se dieron los presupuestos de que trata el Código Civil art. 63.

De lo anteriormente señalado por el ordenamiento legal y de las consideraciones realizadas por parte de este Despacho frente al actuar de los presuntos responsables fiscales, es menester llegar a la conclusión que en el caso objeto de investigación no se pudo demostrar por parte de este Despacho, la existencia del total de los elementos que configuran la responsabilidad fiscal y por cuanto este Despacho a pesar de haber logrado demostrar la certeza absoluta del daño patrimonial, este como elemento presupuestal de la responsabilidad fiscal, no logró demostrar un actuar a título de culpa grave o dolo en los presuntos responsables fiscales aquí encartados.

El tratadista Tamayo Jaramillo Javier, en su obra "De la responsabilidad civil. Tomo II. Pp11" sobre el DAÑO en un aparte dijo: "(...) Es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral al demandante (...)".

Ahora bien, no obstante, todo lo anterior, es menester por parte de este Despacho en el caso que nos ocupa, valga decir frente a la imposición de la sanción con multa por el MINISTERIO DE TRABAJO – COORDINACIÓN GRUPO DE PREVENCIÓN INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL, con ocasión de la gestión administrativa laboral, que dio lugar al pago realizado mediante: "DOCUMENTO CUENTA POR PAGAR No. 622198 AUTORIZACIÓN PARA GASTOS Y ORDEN DE PAGO NO. 483 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 POR VALOR DE \$104.000.000, CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL NO. 201705074 DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 Y REGISTRO PRESUPUESTAL NO. 115 – 201705514 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2017, como ya se dijo en un aparte de la presente providencia, como condena por el incumplimiento del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, traer a colación el pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado en Concepto Sala de Consulta C.E. 1716 de 2006 - Sala de Consulta y Servicio Civil - Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil seis (2006) Radicación No. 1716 - Referencia:

Acción de repetición y proceso de responsabilidad fiscal – "Mecanismo procesal que procede en caso de menoscabo al patrimonio público por pago de condena proveniente de sentencia judicial por la conducta dolosa o gravemente culposa de un

servidor público en ejercicio de gestión fiscal", en donde el señor Ministro del Interior y de Justicia a solicitud del Contralor General de la República eleva a la Sala la siguiente consulta:

"(...)

1. *¿Cuándo se ha producido un presunto menoscabo al patrimonio público por pago de una condena proveniente de una sentencia judicial, conciliación o terminación anormal de un conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público, que ejerce gestión fiscal, es procedente adelantar contra éste la acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal de manera simultánea o concurrente, o por el contrario, el proceso de responsabilidad fiscal no es procedente frente a la existencia de una acción de repetición en curso, debidamente instaurada?*

(...)

La Sala responde

1. *El menoscabo producido al patrimonio público por el pago de una condena proveniente de una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor público que ejerce gestión fiscal, se resarce mediante el ejercicio de la acción de repetición, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 de la Carta, 77 y 86 del C.C.A. y en la Ley 678 de 2001. La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal son mecanismos procesales autónomos. Si una entidad o el Ministerio Público se abstienen de promover la acción de repetición, siendo ella procedente conforme a la Ley, en el evento estudiado no es viable iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.*

(...)

3. *El proceso de responsabilidad fiscal no procede contra el funcionario que da lugar con su conducta dolosa o gravemente culposa al pago de una condena y por tanto no hay lugar a contabilizar término de caducidad.*

Del pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, es dable concluir que en el caso objeto de investigación en el cual EMCALI EICE ESP realizó el pago de la condena proveniente por parte del Ministerio de Trabajo - Coordinación Grupo de Prevención Inspección, Vigilancia y Control, generando la configuración del daño patrimonial ocasionado a la entidad, la acción a seguir para resarcir el daño, no es el proceso de responsabilidad fiscal, sino la acción de repetición en términos de lo consagrado por el artículo 90 de la Carta Constitucional y Ley 678 de 2001.

Tanto las citadas disposiciones, como el artículo 268 Superior, constituyen el fundamento de la Responsabilidad Fiscal de competencia de las contralorías, regulado legalmente en la Ley 610 de 2000. Es por ello que la Responsabilidad Fiscal se relaciona con el manejo de los recursos públicos y se configura a partir de la concurrencia de los siguientes elementos: - Un daño patrimonial al Estado - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza Gestión Fiscal, (activa u omisiva). - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Así el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, establece que 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, teniendo en cuenta el cumplimiento

1364

de los principios rectores de la Función Administrativa y de la Gestión Fiscal.

En virtud de lo anterior, el daño debe ser generado por el ejercicio de una Gestión Fiscal antieconómica, deficiente, ineficaz e inequitativa, de quien administre, maneje o recaude fondos o dineros públicos, respecto de cuyos verbos rectores debe centrarse el título y grado de Responsabilidad Fiscal, situación que para el caso en análisis no se cumple, en el entendido que la actuación debe estar delimitada al ámbito de la gestión fiscal, y en el caso que ocupa la presente investigación, nos encontramos frente a una actuación administrativa laboral.

En el análisis al acervo probatorio obrante en el expediente, este Despacho ha concluido que no se tipifica en el obrar de los presuntos responsables fiscales encartados, un actuar doloso o gravemente culposo, en tal sentido es menester traer a colación el pronunciamiento del Alto Tribunal Administrativo, quien mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, se ha manifestado de la siguiente manera:

"(...) Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características: (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. (ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal (...)"

En consecuencia a lo anterior y dado que en el presente caso objeto de investigación, no concurren los tres elementos de que trata el artículo 5º de la Ley 610 de agosto 15 de 2000, y ante la exigencia señalada por parte del Consejo de Estado en el sentido que para poder proferir decisión declarando responsabilidad fiscal debe darse tal requisito, no es dable por parte de este Despacho fallar con responsabilidad fiscal y en consecuencia en el resuelve de la presente providencia, se procederá a FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL, en favor de los presuntos responsables fiscales Dr. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES, (q.e.p.d.), y Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ.

Ahora bien, el hecho culposo puede tener lugar por negligencia, imprudencia e impericia, la negligencia implica una falta en la atención que debe prestar el agente en sus actuaciones. El negligente deja de realizar una conducta a la cual estaba obligado, y no emplea la diligencia necesaria para evitar un resultado dañoso; en consecuencia, es un descuido de su conducta, la imprudencia por su parte, es un obrar sin aquella cautela que según la experiencia debe emplearse en la realización de ciertos actos, la impericia, consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión. La legislación colombiana acogió en el Código Civil, el concepto de culpa en tres definiciones normativas que emanan del artículo 63, así:

1) *"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 materias civiles equivale al dolo". Ha de entenderse que la equiparación que hace el artículo 63 del Código Civil, de la culpa grave al dolo, hace relación es a los efectos; en tal sentido, quien incurre en culpa grave es responsable aún de los perjuicios imprevistos, en virtud del artículo 1616, inciso 1º ibídem,*

que dice: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento."

2) "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". Es la que no comete un buen administrador, corresponde a una diligencia mediana.

3) "Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Es así, como la culpa es el elemento subjetivo de la responsabilidad y de aplicarse este elemento, habría que analizarse en cada caso concreto el estado mental y social del autor del daño; pero como ello no es posible, es necesario un criterio objetivo o abstracto, ello es, la apreciación de la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente, cuya capacidad de prever, no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, elemento que para el caso que nos ocupa de conformidad al actuar de los presuntos responsables fiscales se encuentra demostrado que no obraron de manera negligente, imprudente o imperiosa.

Las normas constitucionales permiten la vigilancia fiscal del manejo de los recursos o fondos públicos, no limitada al control numérico legal, sino orientada a la evaluación integral de la gestión y de los resultados obtenidos por quienes desarrollan una gestión fiscal.

Es evidente que quienes desarrollan actividades de gestión fiscal deben actuar con diligencia en el manejo de los recursos públicos, con el fin de maximizar el uso de los mismos, generar ahorro, reducir costos y evitar que se generen sobrecostos.

Con relación a esta presunción, es innegable que los antes señalados Gerente General y Gerente Área Gerencia Gestión Humana y Administrativa de EMCALI EICE E.S.P, para la época de los hechos se encontraron con una entidad que presentaba unas situaciones excepcionales ya mencionadas en la presente providencia y que hacen del elemento culpa grave, su no concurrencia en los hechos y actuar de los presuntos responsables fiscales investigados en el presente proceso.

DEFENSA DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

El Despacho le aclara al apoderado de la compañía de seguro ALLIANZ SEGUROS S.A, y SEGUROS LA PREVISORA S.A, que la vinculación de las compañías de seguros se realiza como como tercero civilmente responsable y a quien se investiga y se le analiza la conducta es al gestor fiscal, en dicho sentido vale recordar lo establecido en los artículos 44, 48 y 49 de la Ley 610 de 2000.

"ARTICULO 44. 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

1365

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 (...).

En tal sentido, este Despacho se atempera en el contexto ya analizado en cuanto a la vinculación de las Compañías Aseguradores vinculadas en calidad de Terceros civilmente responsables en el presente proceso.

Es por ello que, y en cumplimiento a los postulados normativos, legales y jurisprudenciales, y una vez garantizadas las garantías procesales antes señaladas, habiéndose escuchado a las partes, a sus apoderados, quienes objetivamente controvertieron los hechos imputados por este Despacho de Responsabilidad Fiscal, el respecto de las garantías de los procesados en la presente investigación, al debido proceso, al cumplimiento del principio de legalidad y en honor a la aplicación de una justicia justa y razonable, este Despacho en el resuelve de la presente providencia FALLARÁ SIN RESPONSABILIDAD FISCAL a favor de los Dres. JAVIER MAURICIO PACHÓN ARENALES (Q.E.P.D), en su calidad de Gerente General de la entidad para la época de los hechos, representado por su hijo menor de edad JOSÉ MAURICIO PACHÓN FLÓREZ, quien a su vez es representado por su madre, FRANCIA ELENA FLÓREZ ARCILA, identificada con la cedula de ciudadanía No. 66.954.334; y la Dra. LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.165.382, en su calidad de Gerente Área de la Gerencia de Gestión Humana y Administrativa, igualmente para la época de los hechos

En razón y mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: FALLAR SIN RESPONSABILIDAD FISCAL, en favor del Dr. **JAVIER MAURICIO PACHÓN (Q.E.P.D)**, en su calidad de Gerente General de la entidad para la época de los hechos, representado por su hijo menor de edad José Mauricio Pachón Flórez, quien a su vez es representado por su madre, FRANCIA ELENA FLÓREZ ARCILA, identificada con la cedula de ciudadanía No. 66.954.334 y la Dra. **LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.165.382, en su calidad de Gerente Área de la Gerencia de Gestión Humana y Administrativa, igualmente para la época de los hechos.

Compañías de Seguros vinculadas como Terceros civilmente responsables:

ALLIANZ- NIT. 860.026182-5, NIT. 860.026182-5, como tercero civilmente responsable.
Correo. notificaciones@gha.com.co

Compañía Aseguradora - **SEGUROS LA PREVISORA** -
Nit. 860.002.400-2, Como tercero civilmente responsable.
Apoderado. Dr. LUIS EDUARDO OSPINA ZAMORA
Correo. luiseduardo@ospinazamora.com

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar en la forma y términos que establece el Ordenamiento legal la presente providencia a los señores:

JAVIER MAURICIO PACHÓN (Q.E.P.D), en su calidad de Gerente General de la entidad para la época de los hechos, representado por su hijo menor de edad José Mauricio Pachón Flórez, quien a su vez es representado por su madre, **FRANCIA ELENA FLÓREZ ARCILA**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 66.954.334 - Su apoderada Dra. MARHA CECILIA ARAGÓN GARCÍA
Correo electrónico: marthagongarcia@hotmail.com

LILIANA ORTIZ DE LA CRUZ, identificada con la cedula de ciudadanía No. 31.165.382, en su calidad de Gerente Área de la Gerencia de Gestión Humana y Administrativa, igualmente para la época de los hechos.
Correo electrónico. lortiz2705@hotmail.com
Su apoderado. Dr. ALEJANDRO ARIAS PEREZ
Correo electrónico: alejandroari6@gmail.com

Y a los apoderados de las Compañías Aseguradoras: -

ALLIANZ- NIT. 860.026182-5, NIT. 860.026182-5, como tercero civilmente responsable.
Correo. notificaciones@gha.com.co

Compañía Aseguradora - **SEGUROS LA PREVISORA** -
Nit. 860.002.400-2, Como tercero civilmente responsable.
Apoderado. Dr. LUIS EDUARDO OSPINA ZAMORA
Correo. luiseduardo@ospinazamora.com

ARTICULO TERCERO: Una vez notificada en los términos de ley la presente providencia, remitir el expediente al Superior Jerárquico dando cumplimiento a lo reglado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, para que surta el Grado de Consulta, en defensa del Interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

ARTICULO CUARTO: En firme esta providencia comuníquese por Secretaría la decisión a:

La Dirección Técnica ante EMCALI EICE ESP.

Al doctor ALEJANDRO EDER GARCES, Alcalde Distrital de Santiago de Cali. Correo electrónico: alcalde@cali.gov.co – alcalde.eder@cali.gov.co

1366

Al Gerente de EMCALI EICE ESP, por ser la entidad afectada

Al Contador de la entidad.

ARTÍCULO QUINTO: LEVANTAR la medida cautelar decretada mediante Auto No. 1600.20.10.23.138 del 16 de agosto de 2023, ordenando librar por secretaria común los oficios respectivos a las autoridades competentes.

ARTÍCULO SEXTO: Contra la presente decisión proceden los recursos de reposición y en subsidio apelación.

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

Dado en Santiago de Cali, a los diez (10) días del mes de mayo de dos mil veinticuatro (2024)


LUZ ARIANNE ZUÑIGA NAZARENO
Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal

	Nombre	Cargo	Firma
Proyectó	William Payán Peláez	Profesional Universitario (E)	
Revisó	Martha Cecilia Manzano Beltrán	Subdirectora Operativa de Responsabilidad Fiscal	
Aprobó	Luz Arianne Zuñiga Nazareno	Director Operativo 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.

