



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202041820100018841**

Fecha: **2020-08-27**

TRD: **4182.010.13.1.953.001884**

Rad. Padre: **202041820100018841**

MARÍA VICTORIA MONTERO GONZÁLEZ
Directora Técnica ante Recursos Naturales y Aseo
Contraloría General de Santiago de Cali
ventanillaunica@contraloriacali.gov.co y
dtrecnatyaseo@contraloriacali.gov.co.

Asunto: Respuesta Observaciones AUDITORÍA GUBERNAMENTAL CON ENFOQUE INTEGRAL A LA GESTIÓN DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS MUNICIPALES – UAESPM, EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO – SALP., en la vigencia 2019

Cordial saludo.

En atención al oficio No. 1500.12.40.20.279 con radicado V.U. 200030622020 del 24 de Agosto de 2020, mediante el cual la Dirección Técnica ante Recursos Naturales y Aseo de la Contraloría General de Santiago de Cali, remite el Informe preliminar de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral modalidad Especial a la Gestión de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales-UAESPM en la prestación del servicios de Alumbrado Público-SAP, vigencia 2019 y concede plazo de tres días (3) días hábiles para dar respuesta a las observaciones, me permito pronunciarme en los siguientes términos:

Observación N° 1 de Naturaleza Administrativa con presunta incidencia Disciplinaria
En la evaluación a la supervisión en la prestación del servicio de alumbrado público a cargo de la UAESPM, se evidenciaron en la vigencia 2019, falta de actuaciones encaminadas a la identificación del universo de los usuarios del servicio público de energía dentro del territorio del municipio, como tampoco de las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica en su jurisdicción.

El Artículo 20 del Acuerdo 0434 de 2017, el Artículo 20, modificó el artículo 170 del Acuerdo 321 de 2011, modificado por el Acuerdo 357 de 2013, compilado en el artículo 175 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, relaciona los elementos del impuesto de alumbrado público, de conformidad con el Artículo 349 de la Ley 1819 de 2016, indicando, entre otros, que el Sujeto Pasivo, son los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, beneficiarios del servicio público de alumbrado público, domiciliados en el municipio de Santiago de Cali, pertenecientes a los sectores

residencial, comercial, oficial, industrial y otros usuarios del servicio según la clasificación prevista en el numeral 5 de este artículo.

El Artículo 22 del Acuerdo 0434 de 2017, modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, trata del Recaudo y Facturación, señalando que el recaudo del impuesto de alumbrado público podrá efectuarse directamente por el organismo competente dentro de la administración municipal o a través de empresas comercializadoras de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto dentro de la factura de energía. (...).

El Decreto Extraordinario Municipal No. 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 221, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público; en el Artículo 222 - Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sus artículos 82, 83 y 84, dispone aspectos regulatorios de la actividad de supervisión.

Lo anterior, por falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y liderar acciones que le permitan resolver y atender la disposición del Acuerdo Municipal 0434 de 2017; generando riesgos en el control a la prestación del servicio de alumbrado público, al recaudo y facturación del tributo en el municipio, constituyendo una presunta falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002¹, modificado por el artículo 84, parágrafo 1 de la Ley 1474 de 2011.

Respuesta: La condición de la observación señala: En la evaluación a la supervisión en la prestación del servicio de alumbrado público a cargo de la UAESPM, se evidenciaron en la vigencia 2019, falta de actuaciones encaminadas a la identificación del universo

¹ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

de los usuarios del servicio público de energía dentro del territorio del municipio, como tampoco de las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica en su jurisdicción” y como fuente de criterio: El Artículo 20 del Acuerdo 0434 de 2017, que modificó el artículo 170 del Acuerdo 321 de 2011, modificado por el Acuerdo 357 de 2013 (...) el cual relaciona los elementos del impuesto de alumbrado público, de conformidad con el Artículo 349 de la Ley 1819 de 2016, indicando, entre otros, que el Sujeto Pasivo, son los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, beneficiarios del servicio público de alumbrado público” (...) . y el Artículo 22 del Acuerdo 0434 de 2017, modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, trata del Recaudo y Facturación, señalando que el recaudo del impuesto de alumbrado público podrá efectuarse directamente por el organismo competente dentro de la administración municipal o a través de empresas comercializadoras de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto dentro de la factura de energía. (...).

En gracia de discusión, no es clara la apreciación del organismo de control, por cuanto señala una omisión alusiva a la falta de actuaciones encaminadas a la identificación de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, pero no establece con precisión frente a cuál o cuáles de las funciones dadas a la Unidad Administrativa por el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016, se presenta tal omisión.

La identificación del universo de los usuarios del servicio energía eléctrica, no es competencia de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, esto corresponde a EMCALI EICE ESP y otras Empresas Comercializadoras de energía que prestan el servicio en la jurisdicción del Distrito Especial. Adicionalmente, para las actividades inherentes a la prestación del Servicio de Alumbrado Público en todo su contexto, no es necesario contar con ese elemento, dado que la Unidad Administrativa bajo criterios técnicos y priorización de solicitudes de la comunidad, determina los sectores a intervenir, con lo cual se impulsa el diseño de las estrategias; planes y programas para el manejo integral del alumbrado público; el direccionamiento y la coordinación de la prestación del servicio de alumbrado público; el seguimiento y la evaluación de la prestación del servicio de alumbrado público; el seguimiento al operador, garantizando la prestación del servicio de alumbrado público con calidad, cobertura y continuidad.

Es así como en lo que corresponde al universo e identificación de cada usuario, el PARAGRAFO 2 de la CLÁUSULA SEXTA del OTRO SÍ 6 al Convenio

Interadministrativo, estipula que (...)“EMCALI deberá enviar en archivo plano a la Subdirección de Impuestos y Subdirección de Tesorería de Rentas de EL MUNICIPIO la información tributaria para ejercer la función indelegable de fiscalización, determinación y cobro como a su vez, EMCALI permitirá a través de un punto periférico, que un delegado de la Subdirección de Impuestos y Rentas y de la Subdirección de Tesorería de EL MUNICIPIO tenga acceso al aplicativo OPEN SYSTEM e INTRANET, para verificar la información únicamente respecto a los contribuyentes identificándolo por NIT y/o cédula y/o suscriptor y/o pago electrónico, el total del número de contribuyentes, el valor facturado del mes corriente a cada contribuyente, el valor del recaudo del mes corriente de cada contribuyente, el recaudo por pago extemporánea de cada contribuyente y los intereses moratorios abonados por pro rateo del impuesto de alumbrado pública de cada contribuyente, sin que se tenga acceso al manejo y administración de información confidencial (...) “ (subrayado fuera del texto)

Ahora bien, el pronunciamiento por parte del Supervisor dentro de los 45 días que refiere el 22 del Acuerdo 434 de 2017, que señala la comisión auditora en su análisis, se efectúa una vez el Departamento Administrativo de Hacienda, informe a la Unidad Administrativa sobre el recaudo, todo con el propósito de hacer seguimiento al oportuno giro de los recursos, para impulsar las actividades inherentes a la prestación del servicio Público. Se anexan a la presente respuesta soportes de esta actividad que contienen el seguimiento efectuado al recaudo, desde la supervisión.

Como se señaló al organismo de control, en virtud de las diligencias virtuales y los correspondientes cuestionarios elaborados para el presente ejercicio de auditoría, corresponde al Departamento Administrativo de Hacienda, la administración del tributo.

Es así como el Departamento Administrativo de Gestión Jurídica Pública en virtud de su competencia funcional, derivada del Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 de 2016, estableció lineamientos al respecto de la responsabilidad sobre la celebración de contratos con las comercializadoras, que permite determinar igualmente, lo relacionado con la administración del tributo, según oficio radicado bajo el No. 201941350200012254 que fue puesto a disposición de la comisión auditora:

“Ahora bien, en virtud de las funciones señaladas en el Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 de 2016 se tiene: En el artículo 67, refiere las funciones del Departamento Administrativo de Hacienda, indicando en el numeral 1, que le corresponde la administración de los tributos municipales que no sean competencia de otro organismo o entidad municipal. La administración de los tributos comprende su

recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución, sanción y todo el demás aspecto relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Por su parte, el artículo 222, determina las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales- UAESPM, en los numerales 1, 2, 3 y 14, entre otras, que se transcriben: Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral de los residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios. Dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos propios del manejo integral de los residuos sólidos, alumbrado público y los servicios funerarios. 3-Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios propios del manejo integral de residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios. 14- Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.(...). En este punto, y a título de mera opinión, el DACP considera que dentro de las funciones específicas de la UAESPM, no se encuentra la administración del impuesto de alumbrado público, esto es, se refiere a la administración del servicio de alumbrado público y la supervisión del mismo. Por tanto y por no recaer la función específica de administrar el impuesto de alumbrado público en otro organismo del ente territorial conforme al Decreto 411.0.20.0516 de 2016, se aplica entonces el artículo 67 ibídem, el cual contiene las funciones del Departamento Administrativo de Hacienda indicando en el numeral 1, que le corresponde la administración de los tributos municipales que no sean competencia de otro organismo o entidad municipal. Es decir, aplica para el presente caso, la función general.”

El Departamento Administrativo de Gestión Jurídica Pública, concluye lo siguiente:

> “Compete a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales- UAESPM, diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público; dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos propios del alumbrado público; administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo. Es decir, las funciones de este organismo, versan sobre la prestación del servicio de alumbrado público, no el recaudo ni facturación del impuesto del alumbrado público y su propósito es garantizarlo, coordinarlo, supervisar y controlar el servicio de alumbrado público, entre otras, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 221 y 222 del Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 de 2016.”

La condición determinada en la observación No. 1, señala que: “faltan actuaciones encaminadas a la identificación del universo de los usuarios del servicio público de energía dentro del territorio del municipio, como tampoco de las empresas distribuidoras

y comercializadoras de energía eléctrica en su jurisdicción.”, si la Unidad no es la administradora del tributo, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, no puede alterar la competencia funcional en cabeza del Departamento Administrativo de Hacienda, que se desprende del Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 de 2016, dada la fuente de criterio que refiere el organismo de control: “El Artículo 20 del Acuerdo 0434 de 2017, el Artículo 20, modificó el artículo 170 del Acuerdo 321 de 2011, modificado por el Acuerdo 357 de 2013, compilado en el artículo 175 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, relaciona los elementos del impuesto de alumbrado público, de conformidad con el Artículo 349 de la Ley 1819 de 2016, indicando, entre otros, que el Sujeto Pasivo, son los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, beneficiarios del servicio público de alumbrado público, domiciliados en el municipio de Santiago de Cali, pertenecientes a los sectores residencial, comercial, oficial, industrial y otros usuarios del servicio según la clasificación prevista en el numeral 5 de este artículo.”, se trata de los elementos constitutivos del impuesto de alumbrado público.

Igual sucede con el siguiente criterio consignado en la observación No. 1: “El Artículo 22 del Acuerdo 0434 de 2017, modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, trata del Recaudo y Facturación, señalando que el recaudo del impuesto de alumbrado público podrá efectuarse directamente por el organismo competente dentro de la administración municipal o a través de empresas comercializadoras de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto dentro de la factura de energía. (...). “

En contexto, es el organismo de control quien expresa en la observación No. 1, elementos del impuesto de alumbrado público y adicionalmente, lo que toca a la facturación y los diferentes conductos que pueden operar para el recaudo; actividades que se derivan de la administración del tributo, no de la prestación del servicio de alumbrado público.

Lo que sí corresponde a la Unidad Administrativa de Servicios Públicos, en su calidad de supervisor de la prestación del servicio de Alumbrado Público y atendiendo las actividades de control, es el pronunciamiento relacionado con el recaudo frente a las estipulaciones contractuales, que para el presente caso, por efectos del convenio interadministrativo, se ha venido realizando, como se evidencia en los documentos que se anexan a la presente respuesta, correspondientes a la vigencia auditada.

Ahora bien, el organismo de control señala como causa de la observación No. 1: *“falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y liderar acciones que le permitan resolver y atender la disposición del Acuerdo Municipal 0434 de 2017”*, correspondiendo esto a una función del Departamento Administrativo de Hacienda, no de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, y menos predicar que por dicha causa se generan *“riesgos en el control a la prestación del servicio de alumbrado público, al recaudo y facturación del tributo en el municipio”*.

La presunta vulneración del # 34, Artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consagra como *“falta gravísima”*: No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento, en qué medida y bajo qué condiciones el supervisor pudo vulnerar tal precepto, si de acuerdo a lo consignado en la observación No. 1, la percepción del auditor no trae consigo cual o cuales de las funciones consagradas en el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016 está incumpliendo el supervisor, habida cuenta que en la concepción de la condición hay responsabilidades de EMCALI y Hacienda (universo de usuarios del servicio de energía eléctrica y administración y fiscalización del tributo), más aun cuando las normas citadas así lo prescriben.

En cuanto a las normas presuntamente vulneradas, es importante señalar al organismo de control que el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece: *“Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”*, por lo que no refleja el actuar de gestor fiscal, falta a sus deberes funcionales, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada. El Consejo de Estado en Sentencia 01092 de 2018, trajo un importante análisis cuando permite establecer en qué casos la conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen del tipo disciplinario, no tiene una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

“La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁶⁶, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»”

En este orden de ideas, la antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, que no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario, por el solo incumplimiento formal de una norma; debe haber una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo cual excluye de toda responsabilidad disciplinaria al ordenador del gasto en su actuar, toda vez que la acción u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir contraria a derecho (ilícitud) debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esta medida puede decirse que cuando confluyen estas dos características se está en presencia de una antijuridicidad sustancial requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por [...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii)) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó [...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función

En desarrollo de la normativa constitucional la Ley 734 de 2002, artículo 34, numerales 2° y 6°, imponen a todos los servidores públicos un deber general de carácter afirmativo con respecto al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad y un deber general negativo que los

obliga a abstenerse de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión, o perturbación de la función, así como el abuso del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud disciplinaria en el desempeño del cargo.

En derecho disciplinario, se predica sobre el derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables

La responsabilidad disciplinaria surge frente al comprobado incumplimiento de deberes o la ocurrencia de prohibiciones en el ámbito funcional administrativo, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

La Unidad Administrativa considera que el contexto de lo evidenciado, unido a la fuente de criterio, a la causa y al efecto de la observación No. 1, no guardan coherencia con las actividades derivadas de la administración de la prestación del servicio de alumbrado público, ni del ejercicio de la supervisión; por lo que respetuosamente se solicita retirar del informe la observación No. 1 de naturaleza administrativa con presunta incidencia disciplinaria, soportado que las competencias funcionales están expresamente definidas en el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016; todo en procura de la efectividad del control fiscal, por cuanto la Unidad Administrativa de acuerdo a la estructura de la observación, no contaría con herramientas para la concepción de las acciones de mejora.

Observación No. 2 de Naturaleza Administrativa

En la evaluación de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, se evidenciaron en la vigencia 2019, debilidades en la supervisión por cuanto los informes describen la realización de actividades de apoyo jurídico y acompañamiento, sin precisar en qué consistió, cuál fue el desarrollo de la actividad, cuál fue la orientación dada, de qué manera aportó en favor de los resultados y las decisiones tomadas por la supervisión; no hay una descripción de la toma de decisiones por parte del Supervisor

frente a las actividades descritas. Igual acontece con las actuaciones administrativas en el componente financiero, no detalla con precisión aspectos contables, de cartera, cuentas por pagar, Convenio Acuerdo de Pago de 2003 entre el Municipio y EMCALI ESP EICE.

Las entidades están obligadas al cumplimiento de los principios y fines de la contratación conforme a la Ley 80 de 1993, art. 209 CP desarrollado por la ley 1437 de 2011, para vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual. Al igual que el registro de los saldos que afectan la información de las cuentas por cobrar, en particular las de difícil recaudo o de vieja data, que deben ser claras, de fácil entendimiento y confiables.

Por consiguiente, las debilidades en los controles en el seguimiento de las actividades de supervisión, afecta la confiabilidad en la información reportada, generando informes o registros poco útiles, poco significativos o inexactos, afectando la toma de decisiones adecuadas.

Respuesta: El equipo auditor al revisar el componente relacionado con el apoyo jurídico y al dar lectura a los informes trimestrales de supervisión, no requirió a la Unidad Administrativa en ninguno de los cuestionarios elaborados en el ejercicio, cuya práctica fue en forma virtual, aportar los documentos que forman parte integral de cada uno de dichos informes y que reposan en los archivos de este organismo, como sí sucedió con los demás componentes evaluados.

Los informes reportan actividades jurídicas que están debidamente documentadas. Por obvias razones estas no se consignan en cuadros o gráficos, ni como datos estadísticos de la ejecución del convenio. Se desarrollan de una parte, atendiendo requerimientos del día a día, y por otra, en la medida que el Convenio Interadministrativo requiere atemperarse a las condiciones técnicas, jurídicas y financieras actuales. Los movimientos que surgen en torno a la ejecución del convenio, se reflejan a través de las siguientes actividades, entre otras:

- Actas de reunión
- Justificación de las modificaciones
- Estructuración integral de los proyectos de minuta de las modificaciones
- Oficios que reflejan los movimientos del convenio, los trámites ante los otros organismos de la administración central conforme a las competencias

funcionales

- Documentos del apoyo jurídico enfocados a las sugerencias frente a las exigencias de atemperar el convenio interadministrativo a los cambios normativos
- Reseña histórica del Convenio interadministrativo y sus modificaciones.
- Estudio de referencia
- Guía de los proyectos
- Listado de precios derivado del Otro sí 9 al Convenio.
- Participación en equipos estructuradores, evaluadores y de Comité Coordinador de los contratos de alumbrado navideño de la vigencia 2019.

Lamentablemente como ya se señaló anteriormente, este complemento de lo consignado en los informes trimestrales de supervisión de la vigencia 2019, no fue requerido por el componente jurídico de la comisión auditora; ni en las reuniones virtuales, ni en los respectivos cuestionarios; lo que deja entrever solo la lectura de los informes entregados en su momento, pero no al análisis respectivo, que se hace con las evidencias documentales que forman parte integral de los mismos.

Describir en un informe *“la realización de actividades de apoyo jurídico y acompañamiento sin precisar en qué consistió, cuál fue el desarrollo de la actividad, cuál fue la orientación dada”*, no puede colocar en tela de juicio la realización de todas las labores del apoyo jurídico y financiero a la supervisión; más aún, cuando el auditor no corroboró con los documentos que soportan estas actividades, con lo que hubiera evidenciado que contienen productos que orientan y sirven de insumo para la toma de decisiones, lo que se ve reflejado en la ejecución del convenio. .

No menos importante está el hecho, que los informes trimestrales en lo que refiere al apoyo jurídico de la supervisión, consigna por demás las actividades contractuales del profesional a cargo, solo para imprimir un componente de cumplimientos de las mismas, frente a las responsabilidades del seguimiento a la ejecución del convenio. A continuación, textualmente se consigna la estructura:

“ALCANCE JURÍDICO REALIZADO POR LA SUPERVISIÓN

Como introducción a este informe correspondiente al período enero, febrero y marzo de 2019, se destaca dentro del alcance jurídico el apoyo a la estructuración de las Resoluciones que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales-UAESPM ha expedido para el reconocimiento y pago de los servicios prestados por EMCALI EICE ESP, que para el período rendido son las siguientes:

MES	RESOLUCIÓN
Diciembre 2018 - Suministro de Energía	Resolución 023 del 18-02-2019
Diciembre 2018- Otros costos EMCALI	Resolución 027 del 20-02-2019
Enero 2019- Suministro de energía	Resolución 052 del 18-03-2019
Diciembre 2018- Expansión Otro sí No. 8	Resolución 053 del 18-03-2019
Diciembre 2018 - Expansión Otro sí No. 9	Resolución 054 del 18-03-2019
Enero 2019 – Otros costos EMCALI	Resolución.055 del 19-03-2019
Enero 2019 – Expansión Otro sí No. 9	Resolución 056 del 19-03-2019
Enero 2019 – Expansión Otro sí No. 8	Resolución 057 del 19-03-2019

R/ Desde el apoyo jurídico, se realiza la estructuración, la revisión y ajustes a las resoluciones que ordenan gasto frente al cobro de las diferentes actividades en torno a la prestación del servicio de alumbrado público, eso es parte del acompañamiento al cual se refiere el equipo auditor así: “sin precisar en qué consistió, cuál fue el desarrollo de la actividad, cuál fue la orientación dada, de qué manera aportó en favor de los resultados”

Esto forma parte integral de las actividades del equipo de apoyo a la supervisión y a diferencia de lo que considera el equipo auditor, si tiene una trazabilidad en la ejecución y un producto final que son las resoluciones, lo cual se refleja en el trámite de pago de las actividades, en el marco de la prestación del Servicio de Alumbrado Público.

Actividades realizadas:

Se brindó apoyo jurídico a la supervisión del Convenio Interadministrativo para la prestación del servicio de Alumbrado Público, en lo concerniente a ajustes de oficios y acompañamiento en mesa de trabajo llevada a cabo el cuatro (4) de febrero de 2019, con el fin de tratar lo relacionado con el material retirado por modernización y

obsolescencia; a ajustes de oficios en respuesta al Concejo de Santiago de Cali, a la Personería Municipal y a la Secretaría de Vivienda del Municipio de Santiago de Cali, sobre las competencias de la Unidad. Así mismo, se brindó acompañamiento en mesa de trabajo llevada a cabo el seis (6) de marzo de 2019, con el fin de tratar lo relacionado con el daño ocasionado a algunas palmeras por evento denominado “Tiendas de mi Valle”, llevado a cabo en el marco del Alumbrado Navideño 2018. Frente a estos temas se realizó el análisis jurídico respectivo y se proyectó desde ese alcance, las respectivas comunicaciones.

R/ Si la comisión auditora tenía dudas sobre la ejecución de las actividades del apoyo jurídico y su efectividad, debió en su momento solicitar los documentos soporte que reposan en la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, como sí ocurrió con los otros componentes evaluados.

Para el período rendido se brindó apoyo en lo relacionado con el análisis jurídico de los conceptos por la prestación del servicio de alumbrado público, que se hallan en controversia con EMCALI EICE ESP, realizando las conclusiones respectivas y asistiendo a la reunión convocada por el Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública del Municipio. Adicionalmente, en las distintas actividades que se presenten, en lo relacionado con la cronología y estructura del concepto jurídico, técnico, financiero y la cronología de las etapas frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI EICE ESP, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiente probatoria.

R/ El tema de la controversia, sus antecedentes y conclusiones, con los respectivos actos administrativos reposan en los archivos de la Unidad Administrativa, siempre a disposición de los organismos de control que los requiera. En torno a este asunto, en respuesta al cuestionario radicado con el No. 203, efectuada a través del oficio con No. 202041820100014361 del 14 de julio de 2020, se indicó a la Dirección Técnica ante Recursos Naturales y Aseo, lo siguiente:

“11. PREGUNTA: En el informe de Auditoría practicada a la UAESPM a la vigencia 2018, se menciona la controversia sometida a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por el no pago de conceptos: de Interventoría, Uso de instalaciones y mantenimiento vehículos canasta. Sírvese informar el estado actual de la controversia. Informe del apoderado y las actividades adelantadas en el 2019.

Respuesta: Durante la vigencia 2019, no hubo actuaciones en el marco de la controversia.

Por lo anterior, cómo puede determinar la comisión de auditoría, debilidad en la supervisión, señalando que *“los informes describen la realización de actividades de apoyo jurídico y acompañamiento, sin precisar en qué consistió, cuál fue el desarrollo de la actividad, cuál fue la orientación dada, de qué manera aportó en favor de los resultados y las decisiones tomadas por la supervisión; no hay una descripción de la toma de decisiones por parte del Supervisor frente a las actividades descritas”*, cuando esta actividad no tuvo movimiento durante la vigencia auditada para definir la controversia, por causas ajenas a la supervisión. Como en lo señalado precedentemente, no hubo requerimiento de ampliación ni de documentos al respecto.

Se brindó apoyo en la verificación y análisis jurídico de los documentos contractuales derivados del Convenio interadministrativo suscrito por el Municipio de Santiago de Cali y EMCALI EICE ESP, para la prestación del servicio de alumbrado público, relacionado con la estructura del proyecto de OTRO SÍ No. 10, en cuanto al análisis jurídico y ajustes realizados previamente al envío al Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al Departamento Administrativo de Contratación Pública y posteriormente, en el acompañamiento a la mesa de trabajo llevada a cabo el 19 de febrero de 2019 en el Departamento Administrativo de Contratación Pública, para revisar y analizar el proyecto de OTRO SÍ No. 10 al Convenio.

R/ La trazabilidad de las modificaciones contractuales, está debidamente documentada y reposa en los archivos de la Unidad Administrativa.

Se llevó a cabo la integración de los aspectos jurídicos con los otros alcances del equipo interdisciplinario de la supervisión de alumbrado público, en lo concerniente al análisis jurídico de la normativa vigente y aplicable a las actividades ejecutadas en virtud del Convenio interadministrativo celebrado con EMCALI EICE ESP, para la prestación del Servicio de Alumbrado Público.

En atención a la solicitud realizada por EMCALI EICE ESP radicada mediante el oficio No. 201941730100100022, relacionada con la autorización para el traslado de luminarias desmontadas en el marco de la modernización del Sistema de Alumbrado Público 2018, se apoyó desde el alcance jurídico, en los siguientes términos:

“La modificación al Convenio Interadministrativo a través del Otro Sí No. 3 del 25 de julio de 2006, incluyó en su cláusula primera: “REVERSIÓN DE LOS BIENES.- Una vez haya finalizado el plazo del convenio interadministrativo EMCALI EICE ESP por sí mismo o con quien éste haya celebrado alianza estratégica, contrato o convenio,

deberá revertirle a EL MUNICIPIO todos y cada uno de los bienes utilizados en el servicio de la prestación del mismo y adquiridos con recursos de la tarifa de alumbrado público, libre de todo gravamen y sin ningún costo para EL MUNICIPIO.” (...). Así las cosas, dado que el plazo del convenio interadministrativo no ha vencido, la figura de la reversión no procede; frente a lo cual, EMCALI es la directa responsable de la custodia y cuidado de los bienes que integran el Sistema de Alumbrado Público. Vale aclarar que lo anterior no exime a EMCALI EICE ESP de la responsabilidad de continuar enviando en forma mensual al Municipio de Santiago de Cali-Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales-UAESPM, el Plan de Gestión.

Es importante señalar que la Metodología expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, con el fin de remunerar a los prestadores del servicio, definió la actividad de administración del Servicio de Alumbrado Público, como aquella relacionada con “el personal administrativo y operativo, las instalaciones locativas, incluyendo bodegas y garajes, los servicios públicos, de comunicaciones de dichas instalaciones entre otros.” (...). Concomitante con lo anterior, el Convenio Interadministrativo celebrado por el Municipio y EMCALI EICE ESP, en el objeto contractual y en las obligaciones especiales de la entidad contratista, determina la administración como una actividad a su cargo, frente a lo cual es de aclarar que la responsabilidad del bodegaje es exclusiva de EMCALI y que los elementos del Sistema de Alumbrado Público retirados bien por el cambio de tecnología o por su estado de obsolescencia, estarán bajo su custodia y cuidado.

Cabe aclarar que frente al proceso de modernización del Sistema de Alumbrado Público, el Municipio-Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, ha venido implementando mecanismos para la disposición final de los elementos retirados e igualmente, para los que son considerados obsoletos por haber cumplido su vida útil; proceso que es previamente avalado por el organismo a mi cargo.

En cuanto a la metodología que tiene que ver con la figura del “cuerpo cierto”, es de precisar que los proyectos cuyos elementos se desmonten deberán separarse en dos (2) grupos: material reutilizable y material obsoleto. El reutilizable será objeto de conteo y verificación de acuerdo con sus especificaciones técnicas. El obsoleto se embalará como cuerpo cierto. (...)

Se brindó apoyo a la Supervisión de Alumbrado Público, relacionada con la solicitud de conceptos jurídicos ante las áreas del Municipio competentes para tal fin, frente al desarrollo de actividades derivadas del Convenio Interadministrativo celebrado por el

Municipio de Santiago de Cali y EMCALI EICE ESP, proyectando el análisis jurídico de los conceptos actualmente en controversia con EMCALI EICE ESP, relacionados con la prestación del Servicio de Alumbrado Público.

Se brindó apoyo para los procesos contractuales que lleve a cabo la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, en desarrollo de la Ficha de Estadísticas Básicas de Inversión (EBI), relacionada con el Alumbrado Público, desde el alcance jurídico en la elaboración de los Estudios previos del proceso contractual para el Diseño del alumbrado navideño 2019; en el análisis y respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones y en el acompañamiento a la diligencia de negociación con el único oferente del proceso contractual relacionado con el Diseño del alumbrado navideño 2019, llevada a cabo el primero (1º) de marzo de 2019.

Se brindó apoyo jurídico en la elaboración de estudios previos y supervisión de los contratos que se suscriban en la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales. En el período rendido, lo relacionado con el proceso de concurso de méritos para la elaboración del Diseño del Alumbrado Navideño 2019; la estructuración del proceso de logística para el Alumbrado Navideño 2019 y la estructuración del proceso contractual relacionado con los shows tecnológicos para el Alumbrado Navideño. De igual forma, se brindó apoyo en la mesa de trabajo llevada a cabo con la Interventoría para el Alumbrado Navideño 2018, con el fin de revisar el informe final de cara a la liquidación del contrato. (...)

R/ Las anteriores actividades están debidamente documentadas, obedecen a actuaciones realmente ejecutadas por los responsables de los alcances del equipo de apoyo a la supervisión; material documental que pudo ser objeto de verificación por parte del equipo auditor, pero que no fue requerido para el respectivo análisis.

Con la presente respuesta se aportan los soportes que documentan las actividades del apoyo a la supervisión, en el alcance jurídico.

La fuente de criterio concibe que: “Las entidades están obligadas al cumplimiento de los principios y fines de la contratación conforme a la Ley 80 de 1993, art. 209 CP desarrollado por la ley 1437 de 2011, para vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual. Al igual que el

registro de los saldos que afectan la información de las cuentas por cobrar, en particular las de difícil recaudo o de vieja data, que deben ser claras, de fácil entendimiento y confiables.”, situación no ha lugar, por cuanto hasta la presente, la supervisión del convenio interadministrativo, no ha detectado situaciones en la ejecución que puedan tener relación con actos de corrupción.

Frente a la causa y el efecto de la observación No. 2, en lo concerniente al alcance jurídico objeto de tan drástica determinación, es de señalarse que la revisión de los informes de supervisión no puede obedecer a la simple lectura por parte del auditor; los documentos que forman parte integrante de estos deben ser analizados como ocurrieron en su momento con los otros componentes evaluados en el presente ejercicio auditor. El análisis integral permite en caso de detectarse debilidades e inconsistencias en desarrollo de la auditoría, implementar a futuro acciones que guarden coherencia con lo evidenciado, en aras de la mejora continua.

Contrario a lo señalado por el organismo de control en la observación, la información reflejada en los informes de supervisión y debidamente documentada, da cuenta de las decisiones tomadas frente a la ejecución del convenio interadministrativo.

Por lo anteriormente expuesto, con el debido respeto se solicita retirar la observación No. 2 de naturaleza administrativa.

Observación N° 3 de Naturaleza Administrativa con presunta incidencia Disciplinaria

En la evaluación de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, en la vigencia 2019, en las actividades y funciones jurídicas, legales de vigilancia y control de la supervisión, en sus cuatro (04) Informes de Supervisión de Alumbrado Público, se evidencia lo siguiente:

En el primer informe describe como actividad su apoyo en la verificación y análisis jurídico con la estructuración del proyecto del Otrosí No. 10, previo al envío a los Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al de Contratación Pública y el acompañamiento de mesa de trabajo en febrero de 2019 en el D.A. de Contratación Pública para revisar y analizar el proyecto de Otrosí No. 10 al Convenio, sin explicar en qué consistió el soporte técnico y administrativo brindado por los D.A. Contratación y D.A. Jurídica.

En el segundo informe señala su apoyo en lo relacionado con el proyecto del Otrosí No. 11 al convenio, y el argumento jurídico, para el no pago a EMCALI de la actividad relacionada con la facturación y recaudo, de cara a la normatividad vigente.

En su cuarto y último informe señala que se estructuró el proyecto de Otrosí No. 11 al convenio para eliminar el cobro de la actividad de facturación y recaudo, sin sustentar los informes del contenido de los análisis, argumentos, tesis jurídica, posición del Director precisando la temática que se aborda y que es de tal importancia que amerita la modificación del convenio a través de la firma de otrosíes; no se evidencia una toma de decisiones desde el ejercicio de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, y desde el marco funcional en coherencia a las actividades desarrolladas que lleven a resolver legal y jurídicamente las situaciones que se pretendían desatar a través de la firma del Otrosí No. 10 y 11.

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 222, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sus artículos 82, 83 y 84, dispone aspectos regulatorios de la actividad de supervisión.

Lo anterior por falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y liderar acciones que le permitan resolver y atender la disposición del Acuerdo Municipal 0434 de 2017; generando afectaciones al recaudo y facturación del tributo en el municipio, constituyendo una presunta falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002², modificado por el artículo 84, parágrafo 1 de la Ley 1474 del 2011.

Respuesta: El equipo auditor al revisar el componente relacionado con el apoyo jurídico y al dar lectura a los informes trimestrales de supervisión, no requirió a la Unidad Administrativa en ninguno de los cuestionarios elaborados en el ejercicio cuya práctica fue en forma virtual, aportar los documentos que forman parte integral de cada uno de dichos informes y que reposan en los archivos de este organismo.

² Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

En el primer informe describe como actividad su apoyo en la verificación y análisis jurídico con la estructuración del proyecto del Otrosí No. 10, previo al envío a los Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al de Contratación Pública y el acompañamiento de mesa de trabajo en febrero de 2019 en el D.A. de Contratación Pública para revisar y analizar el proyecto de Otrosí No. 10 al Convenio, sin explicar en qué consistió el soporte técnico y administrativo brindado por los D.A. Contratación y D.A. Jurídica.

R/ Consigna el informe de supervisión del primer semestre de 2019: “Se brindó apoyo en la verificación y análisis jurídico de los documentos contractuales derivados del Convenio interadministrativo suscrito por el Municipio de Santiago de Cali y EMCALI EICE ESP, para la prestación del servicio de alumbrado público, relacionado con la estructura del proyecto de OTRO SÍ No. 10, en cuanto al análisis jurídico y ajustes realizados previamente al envío al Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al Departamento Administrativo de Contratación Pública y posteriormente, en el acompañamiento a la mesa de trabajo llevada a cabo el 19 de febrero de 2019 en el Departamento Administrativo de Contratación Pública, para revisar y analizar el proyecto de OTRO SÍ No. 10 al Convenio.”

Frente a lo anterior, el informe respecto a esta actividad no señala que los Departamentos Administrativos de la Contratación Pública y de la Gestión Jurídica Pública, sean el “soporte técnico y administrativo”.

Hecha esta claridad, respecto a la primera condición de la observación No. 3, el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016 trae consigo las competencias de los organismos de la Administración Central y sus funciones; y como lo señala el organismo de control en el análisis previo a las observaciones, corresponde al Departamento Administrativo de la Contratación Pública, “dar los lineamientos en la materia contractual”.

En efecto, tal como lo prescribe el Decreto de delegaciones No.4112.010.20.0115 de febrero 28 de 2019, expedido por la Alcaldía de Santiago de Cali, en el numeral 3, artículo segundo, que el Alcalde se reserva para sí la facultad para suscribir junto con el organismo misionalmente responsable, todo tipo de negocios jurídicos que cuente con un régimen especial y cuyo aporte del Municipio supere los 2.000 SMMLV, frente a lo cual el organismo remitirá los documentos previos antes de la publicación en el SECOP II o de la firma del convenio cuando sea directo, para la respectiva revisión por parte del Departamento Administrativo de la Contratación Pública. (Se anexa Decreto)

Luego de la revisión, el Departamento Administrativo de la Contratación Pública, si lo considera pertinente, convoca a mesa de trabajo al organismo misionalmente responsable y posteriormente, si hay observaciones, devuelve el proyecto para que se subsanen y continúe su trámite, o en caso contrario, se subsanen y devuelvan al Departamento Administrativo. Lo anterior se evidencia en los documentos que reposan en los archivos de la Unidad Administrativa.

Ahora bien, la competencia del Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública, según la funciones establecidas por el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016, una de ellas, la determinada en el numeral 3 del Artículo 54: “(...) Asesorar al Alcalde, organismos de la administración central y entidades descentralizadas del orden municipal en el ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, en todos los temas jurídicos relacionados con el Municipio, que estas sometan voluntariamente a su estudio y consideración. (...), se vinculó en este caso, por un tema de consulta que en su momento se hiciera y que está documentado en los archivos de la Unidad Administrativa.

En el segundo informe señala su apoyo en lo relacionado con el proyecto del Otrosí No. 11 al convenio, y el argumento jurídico, para el no pago a EMCALI de la actividad relacionada con la facturación y recaudo, de cara a la normatividad vigente.

R/ Si bien no se precisa lo evidenciado por el equipo auditor, el apoyo jurídico consistió en la verificación y análisis del convenio interadministrativo y las modificaciones, para verificar cuales contienen la actividad de facturación y recaudo y así proceder a la estructura de los respectivos ajustes de cara a la normatividad vigente, incluidas las sentencias de constitucionalidad del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016 y la sentencia de primera instancia proferida en el marco de la Acción Popular, sobre este asunto. Lo anterior, se encuentra debidamente documentado en los archivos de la Unidad Administrativa.

En su cuarto y último informe señala que se estructuró el proyecto de Otrosí No. 11 al convenio para eliminar el cobro de la actividad de facturación y recaudo, sin sustentar los informes del contenido de los análisis, argumentos, tesis jurídica, posición del Director precisando la temática que se aborda y que es de tal importancia que amerita la modificación del convenio a través de la firma de otrosíes; no se evidencia una toma de decisiones desde el ejercicio de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, y desde el marco funcional en coherencia a las actividades desarrolladas que lleven a resolver legal y jurídicamente las situaciones que se pretendían desatar a través de la firma del Otrosí No. 10 y 11.

R/ La sustentación de las modificaciones al Convenio Interadministrativo, se realiza a través de un documento denominado: Viabilidad Técnica, Financiera y Jurídica, producto del análisis del equipo de supervisión, de acuerdo a la naturaleza de los ajustes que se requieran: técnicos, financieros o jurídicos.

Dicho documento reposa en el expediente del Convenio Interadministrativo, de cuyo análisis se desprende el recorrido del proyecto de minuta de modificación, antes de llegar a la revisión ante el Departamento Administrativo de la Contratación Pública, conforme a lo establecido por el Decreto de delegaciones No.4112.010.20.0115 de febrero 28 de 2019, precedentemente en cita; un documento que es fundamental, conforme a los lineamientos que en materia contractual, están debidamente determinados por la Alcaldía de Santiago de Cali. A través de este documento el equipo de Supervisión en cabeza del Director de la Unidad, de manera integral analiza, determina y concluye. El análisis no puede obedecer a solo lectura de un informe.

A la fecha de la presente respuesta, los proyectos de minuta de modificación al Convenio Interadministrativo, correspondientes a los números 10 y 11, como su nombre lo indica son meros “proyectos” y aún no cuentan con un resultado final materializado en la modificación definitiva. El primero de los citados tenía relación con la modificación al Otro Sí 7, que las partes de mutuo acuerdo consideraron procedente no llevar a cabo por el momento y el proyecto de la modificación referida a la no remuneración de la facturación y recaudo, se encuentra actualmente en curso. Todo lo anterior reposa en los archivos de la Unidad y se anexan a la presente respuesta.

En lo relativo a la causa, el efecto y la presunta incidencia disciplinaria determinada en la observación, no se desprende del actuar del supervisor del Convenio Interadministrativo, la vulneración al Acuerdo Municipal 0434 de 2017 en cuanto a las afectaciones al recaudo, considerando que en la observación no se consigna tal situación.

De otra parte, señala el equipo auditor la presunta vulneración al numeral 34, artículo 48 de la Ley 734 de 2011, como una falta gravísima, cuando las evidencias que no fueron analizadas en su momento por el equipo auditor, dan cuentas de la ejecución de las actividades en el ejercicio de la supervisión y en contexto de las correspondientes a la administración de la prestación del Servicio de Alumbrado Público.

En lo que corresponde a las normas presuntamente vulneradas, es importante señalar al organismo de control que el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece: “*Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.*”, por lo que no refleja el actuar de gestor fiscal, falta a sus deberes funcionales, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada.

El Consejo de Estado en Sentencia 01092 de 2018, trajo un importante análisis cuando permite establecer en qué casos la conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen del tipo disciplinario, no tiene una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

“La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»”

En este orden de ideas, la antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, que no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario, por el solo incumplimiento formal de una norma; debe haber una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo cual excluye de toda responsabilidad disciplinaria al ordenador del gasto en su actuar, toda vez que la acción u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir contraria a derecho (ilicitud) debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esta medida puede decirse que cuando confluyen estas dos características se está en presencia de una antijuridicidad sustancial requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por [...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii)) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó [...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en

interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreo la afectación de la función. En desarrollo de la normativa constitucional la Ley 734 de 2002, artículo 34, numerales 2° y 6°, imponen a todos los servidores públicos un deber general de carácter afirmativo con respecto al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad y un deber general negativo que los obliga a abstenerse de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión, o perturbación de la función, así como el abuso del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud disciplinaria en el desempeño del cargo.

En derecho disciplinario, se predica sobre el derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.

La responsabilidad disciplinaria surge frente al comprobado incumplimiento de deberes o la ocurrencia de prohibiciones en el ámbito funcional administrativo, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

En consecuencia, se solicita respetuosamente al organismo de control, retirar la presunta incidencia disciplinaria del informe.

Por último, en lo concerniente al análisis incluido en el numeral 4.1.1. Control de Gestión Contractual del Informe Preliminar del presente ejercicio auditor, se solicita respetuosamente al organismo de control, realizar los respectivos ajustes en el texto, conforme a las evidencias documentales que se aportan con esta respuesta, lo cual forma parte integral de los informes de supervisión y dan cuenta de las actividades realizadas por el apoyo jurídico y financiero, que se hubieran suministrado al equipo auditor, de haber sido solicitadas por éste para el respectivo análisis, una vez

detectadas las debilidades que de acuerdo a su criterio, reflejaban los informes trimestrales de la vigencia 2019.

Lo anterior por cuanto se impone una carga de debilidades en especial al apoyo jurídico, sin que se haya dado la oportunidad en el desarrollo de la etapa de ejecución del ejercicio auditor, de aclarar y documentar las actividades que concluyen con un producto para la toma de decisiones, en procura del cumplimiento de las funciones que en materia de la prestación del servicio de alumbrado público, da el Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016 en citas precedentes.

La anterior solicitud se realiza en virtud del debido proceso, garantizado por la Contraloría General de Santiago de Cali, al correr traslado del informe preliminar, para su respuesta y aporte de evidencias.

Observación No. 4 de Naturaleza Administrativa con presunta incidencia Disciplinaria y Fiscal

En la evaluación del Convenio Interadministrativo se evidenció que la supervisión aprobó las Cuentas de Cobro facturadas por el contratista EMCALI EICE ESP por el concepto de Recaudo y Facturación del servicio de prestación del servicio de alumbrado público, de diciembre de 2018 a noviembre de 2019 por valor de cinco mil novecientos veinticuatro millones setecientos diez mil novecientos treinta y tres pesos (\$5.924.710.933), situación que la Ley 1819 de 2016 Estatuto Tributario lo prohíbe.

La Constitución Política, en sus artículos 2 y 209, señalan 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.

La Ley 1819 de diciembre 29 de 2016 *“Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”*. Su Artículo 352: *“Recaudo y Facturación. El recaudo del impuesto de alumbrado público lo hará el Municipio o Distrito ... (...) el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”*. Y su Artículo 353. *“Transición. Los acuerdos que se adecuen a lo previsto en la presente ley mantendrán su vigencia, salvo aquellos que deben ser modificados, lo que deberá surtir en un término máximo de un año”*.

Acuerdo Municipal de Santiago de Cali No. 0434 de diciembre 21 de 2017 *“Por el cual se modifica parcialmente el Estatuto Tributario Municipal y se dictan otras*

disposiciones”, su Artículo 22, que modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el Artículo 176 del Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0259 de 2015 “Por el cual se compilan los Acuerdos 0321 de 2011, 0338 de 2012, 0339 de 2013, 0346 de 2013, 0357 de 2013 y el 0380 de 2014, que conforman el Estatuto Tributario Municipal”. El cual quedará así: “Artículo 176: Recaudo y Facturación. (...) ..., el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrán ninguna contraprestación a quien lo preste”.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 3° principios, señala que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios.

La actividad contractual del Estado debe desarrollarse en virtud de los principios de transparencia (artículo 24 ley 80/93), economía (artículo 25 Ley 80 de 1993) y responsabilidad (artículo 26 ley 80/93) previstos en la ley 80 de 1993.

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sus artículos 82, 83 y 84, dispone aspectos regulatorios de la actividad de supervisión.

Lo anterior, por falta de control y no acatamiento de las disposiciones normativas tributarias; ocasionando un presunto detrimento patrimonial para la vigencia fiscal del 2019, por cinco mil novecientos veinticuatro millones setecientos diez mil novecientos treinta y tres pesos (\$5.924.710.933), constituyendo una presunta falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002³, modificado por el artículo 84, parágrafo 1 de la Ley 1474 del 2011.

Respuesta: La comisión auditora en el análisis previo al resultado del ejercicio auditor, en cuanto al daño patrimonial, trae en cita el *Concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República No. 2009 IE8857 de abril 5 de 2008, establece: “que en acatamiento a lo señalado por el Consejo de Estado el daño fiscal entre entidades públicas deja de ser una transferencia de recursos entre las mismas, cuando se constituye un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones del gestor fiscal, pues precisamente la cancelación de una multa o de intereses de mora implica bien la negligencia administrativa o cualquier otra circunstancia distinta de aquellas propias eximentes de responsabilidad”.*

Revisado dicho concepto, vale aclarar que este refiere al pago de multas o de intereses de mora.

³ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

Como quiera que el Convenio Interadministrativo S/N celebrado por el Municipio de Santiago de Cali y EMCALI EICE ESP el 4 de agosto de 1997, se encuentra en ejecución y que la actividad de facturación y recaudo está pactada en el Convenio Interadministrativo y sus modificaciones, se considera no procedente la determinación de un presunto daño patrimonial que el organismo de control ha estimado en la suma de cinco mil novecientos veinticuatro millones setecientos diez mil novecientos treinta y tres pesos (\$5.924.710.933), toda vez que los elementos constitutivos del daño patrimonial no están determinados conforme los lineamientos de la Ley 610 de 2000, a saber:

Ley 610 de 2000:

ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. <Artículo modificado por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

El Artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial al Estado, como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

Frente a esta sinopsis legal cabe manifestar que la remuneración de la actividad de facturación y recaudo, se encuentra pactada y actualmente se adelantan los trámites de modificación para atemperar el convenio a las normas vigentes, lo cual demanda una serie de decisiones que deben tomarse en colectivo, atendiendo la naturaleza del Convenio Interadministrativo.

No puede entonces predicarse que haya una conducta dolosa o culposa del gestor fiscal, porque no tiene la intención de causar el daño al patrimonio público, ni acepta las consecuencias a que esto conlleva, dado que su actuar está asociado al cumplimiento del pacto contractual actualmente vigente y en ejecución.

En torno a las actividades de facturación y recaudo, no está solo el hecho de imprimir en papel lo liquidado y recaudar su producto; también se encuentra la administración del aplicativo OPEN SYSTEM e INTRANET por parte de EMCALI EICE ESP, con información de los usuarios potenciales contribuyentes, necesaria para la liquidación del impuesto de Alumbrado Público, como lo consigna el Otro Sí 6 al Convenio Administrativo. Esto conlleva a la implementación de una serie de alternativas, por cuanto las actividades de facturación y recaudo continuaran siendo parte del vínculo contractual, solo que sin remuneración. Frente a esta situación, EMCALI EICE ESP y el Departamento Administrativo de Hacienda, se encuentran en proceso de elaboración de un documento que dará la viabilidad a la modificación del Convenio Interadministrativo en este sentido.

Ahora bien, al declararse exequible el Artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, el hoy Distrito Especial de Santiago de Cali, ha venido realizando una serie de actividades en el ámbito de las competencias, con los actos preparatorios para el desmonte de la remuneración. Lo anterior está documentado en el archivo de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

Consecuente con lo anterior, la sentencia de primera instancia proferida en desarrollo de la Acción Popular promovida contra el Municipio y otros, radicada bajo el 76001-33-33-006-2018-0008201, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cali, ordena entre otros aspectos, realizar una serie de ajustes a la actividad de facturación y recaudo y adicionalmente, determina un período de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para lo pertinente. A la fecha, el proceso se encuentra en el despacho de la magistrada LUZ ELENA SIERRA VALENCIA.

En lo que corresponde a las normas presuntamente vulneradas, es importante señalar al organismo de control que el Artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece: *“Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”*, por lo que no refleja el actuar de gestor fiscal, falta a sus deberes funcionales, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada.

El Consejo de Estado en Sentencia 01092 de 2018, trajo un importante análisis cuando permite establecer en qué casos la conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen del tipo disciplinario, no tiene una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

“La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»”

En este orden de ideas, la antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, que no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario, por el solo incumplimiento formal de una norma; debe haber una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo cual excluye de toda responsabilidad disciplinaria al ordenador del gasto en su actuar, toda vez que la acción u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir contraria a derecho (ilicitud) debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esta medida puede decirse que cuando confluyen estas dos características se está en presencia de una antijuridicidad sustancial requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por [...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii)) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó «[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función.

En desarrollo de la normativa constitucional la Ley 734 de 2002, artículo 34, numerales 2° y 6°, imponen a todos los servidores públicos un deber general de carácter afirmativo con respecto al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad y un deber general negativo que los obliga a abstenerse de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión, o

perturbación de la función, así como el abuso del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud disciplinaria en el desempeño del cargo.

En derecho disciplinario, se predica sobre el derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables

La responsabilidad disciplinaria surge frente al comprobado incumplimiento de deberes o la ocurrencia de prohibiciones en el ámbito funcional administrativo, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

Determina el organismo de control como consecuencia el daño patrimonial estimado en la suma cinco mil novecientos veinticuatro millones setecientos diez mil novecientos treinta y tres pesos (\$5.924.710.933), por la falta de control y no acatamiento de las disposiciones normativas tributarias. Respetuosamente se solicita, retirar las incidencias tanto disciplinaria como la fiscal de la observación No. 4 del informe del presente ejercicio auditor, dadas las consideraciones referentes a: Convenio interadministrativo actualmente en ejecución frente a lo cual no es posible configurar al presunto daño al patrimonio público; Acción Popular en espera de fallo de segunda instancia; cumplimiento de lo pactado en el Convenio Interadministrativo sobre la remuneración de la actividad de facturación y recaudo actualmente en vigencia, y el impulso de los trámites que actualmente adelantan las partes tendientes a la modificación en este aspecto.

Observación N° 5 de Naturaleza Administrativa

En la evaluación adelantada a la prestación del servicio de alumbrado público por parte de la UAESPM, en lo que respecta al componente ambiental, no se observa la implementación de los mecanismos de evaluación, control y seguimiento a las actividades que se involucran con la prestación del servicio:

- Los Informes de Supervisión de Alumbrado Público trimestrales expedidos en la vigencia 2019, no presentan desarrollo de aspectos del componente ambiental, como en el tema de generación de residuos.
- El Estudio Técnico de Referencia de Determinación de Costos Estimados de Prestación en cada Actividad del Servicio de Alumbrado Público del año 2019, en el ítem 7.4, dedicado a establecer los costos asociados a la gestión ambiental de los residuos de alumbrado público, no desarrolla el asunto del ítem, limitándose a consignar: *“El prestador del servicio será el encargado de disponer los elementos en el sitio designado por el Alcaldía de Santiago de Cali a través del Organismo competente”*.
- No cuenta con un procedimiento general que permita integrar el componente ambiental, al marco de la prestación del servicio público de alumbrado.
- No cuentan con matriz que permita identificar los aspectos e impactos ambientales generados, ni matriz legal ambiental en el marco de la prestación del servicio público.

El propósito de la UAESPM es garantizar la prestación del servicio de alumbrado público y en cumplimiento de su función debe evaluar y hacer seguimiento a este servicio, protegiendo el ambiente, previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental; conforme lo dispone el Decreto Extraordinario N°.411.0.20.0516 de 2016 en sus artículos 221 y 222.

Lo anterior por debilidades en los controles durante la prestación del servicio de alumbrado público del componente ambiental, se genera incertidumbre si las actividades ejecutadas se están realizando de forma responsable con el ambiente.

Respuesta: En atención a lo evidenciado por el organismo de control, se procede a dar respuesta en los siguientes términos:

- Los Informes de Supervisión de Alumbrado Público trimestrales expedidos en la vigencia 2019, no presentan desarrollo de aspectos del componente ambiental, como en el tema de generación de residuos.

R:// Como parte del seguimiento de la componente ambiental, mensualmente se emiten oficios de la verificación de las ordenes de trabajo de ejecución de podas al sistema de

alumbrado público programadas por EMCALI EICE ESP, con base en los soportes remitidos mediante oficios.

A continuación, se relaciona el listado de oficios que fueron remitidos con la información en el año 2019:

Ítem	Radicado	Mes
1	20194182010000082 4	Diciembre 2018
2	20194182010000351 4	Enero 2019
3	20194182010000535 4	Febrero 2019
4	20194182010000688 4	Marzo 2019
5	20194182010000837 4	Abril 2019
6	20194182010000968 4	Mayo 2019
7	20194182010001235 4	Junio 2019
8	20194182010001217 4	Julio 2019
9	20194182010001418 4	Agosto 2019
10	20194182010001721 4	Septiembre 2019
11	20194182010001896 4	Octubre 2019
12	20194182010002002 4	Noviembre 2019

Estos fueron compartidos a través de los cuestionarios 176 y 185.

- El Estudio Técnico de Referencia de Determinación de Costos Estimados de Prestación en cada Actividad del Servicio de Alumbrado Público del año 2019, en el ítem 7.4, dedicado a establecer los costos asociados a la gestión ambiental de los residuos de alumbrado público, no desarrolla el asunto del ítem, limitándose a consignar: *“El prestador del servicio será el encargado de disponer los*

elementos en el sitio designado por el Alcaldía de Santiago de Cali a través del Organismo competente”.

R:// Como lo dispone el Decreto Extraordinario N°.411.0.20.0516 de 2016 en su artículo 98, es función de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Bienes y Servicios, realizar las acciones necesarias para ejecutar la disposición final de los bienes muebles propiedad del Municipio, previa autorización del comité para tal efecto.

Por lo anterior se solicita respetuosamente, retirar esta condición de la Observación No. 5, por no ser competencia de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, pretendiendo así la efectividad del control fiscal, toda vez que este organismo no contaría con los elementos para la construcción de la acción de mejora.

- No cuenta con un procedimiento general que permita integrar el componente ambiental, al marco de la prestación del servicio público de alumbrado.

R:// La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, realiza el seguimiento de manera mensual, emitiendo informes de la verificación de las ordenes de trabajo de ejecución de podas al sistema de alumbrado público programadas por EMCALI EICE ESP, con base en los soportes remitidos mediante oficios.

Adicionalmente en el documento GUÍA Y PROGRAMACIÓN PARA LA FORMULACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ALUMBRADO PÚBLICO 1 SEMESTRE – 2019 en el numeral 11 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL, se establecen los requisitos generales de diseño de alumbrado público como el Uso Racional y Eficiente de la energía (URE), el alcance en cuanto al tema de Podas y Disposición final.

- No cuentan con matriz que permita identificar los aspectos e impactos ambientales generados, ni matriz legal ambiental en el marco de la prestación del servicio público.

R:// La Unidad realiza el seguimiento de manera mensual, emitiendo informes de la verificación de las órdenes de trabajo de ejecución de podas al sistema de alumbrado público programadas por EMCALI EICE ESP, con base en los soportes entregados al organismo de control y que nuevamente se aportan con la presente respuesta.

Adicionalmente en el documento GUÍA Y PROGRAMACIÓN PARA LA FORMULACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ALUMBRADO PÚBLICO 1 SEMESTRE – 2019 en el numeral 11 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL, se establecen los requisitos generales de

diseño de alumbrado público como el Uso Racional y Eficiente de la energía (URE), el alcance en cuanto al tema de podas y Disposición final.

En estos términos se deja consignada la respuesta a la observación No. 5 de naturaleza administrativa.

Observación N° 6 de Naturaleza Administrativa

En la evaluación de la prestación del servicio de alumbrado público en la vigencia 2019 por parte de la UAESPM, se evidenció un inadecuado control, supervisión, seguimiento a la gestión integral de los diferentes tipos de residuos, en todas sus etapas (generación, almacenamiento, clasificación, transporte, aprovechamiento y/o disposición final) generados en la prestación del servicio.

El propósito de la UAESPM es garantizar la prestación del servicio de alumbrado público y en cumplimiento de su función debe evaluar y hacer seguimiento a este servicio, protegiendo el ambiente, previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental. Conforme lo dispone el Decreto Extraordinario N°.411.0.20.0516 de 2016 en sus artículos 221 y 222.

Por debilidades en los controles durante la prestación del servicio de alumbrado público del componente ambiental, se genera incertidumbre si los residuos se están gestionando de una manera adecuada, conforme a la legislación ambiental vigente.

R:// Como lo dispone el Decreto Extraordinario N°.411.0.20.0516 de 2016 en su artículo 98, es función de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Bienes y Servicios, realizar las acciones necesarias para ejecutar la disposición final de los bienes muebles propiedad del Municipio, previa autorización del comité para tal efecto.

Por lo anterior se solicita respetuosamente, retirar la Observación No. 6 de naturaleza administrativa, por no corresponder a la competencia de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales, pretendiendo así la efectividad del control fiscal, toda vez que este organismo no contaría con los elementos para la construcción de las acciones en procura de la mejora continua.

Observación N° 7 de Naturaleza Administrativa con presunta incidencia Disciplinario

En la evaluación del Convenio Interadministrativo se evidenció falta de supervisión en su deber de control y seguimiento, al no objetar, rechazar, cuestionar y exigir los certificados idóneos de aprovechamiento y/o disposición final de residuos que se generan en la prestación del servicio de alumbrado público, al no realizar pronunciamiento sobre los certificados otorgados al prestador del servicio de alumbrado

público en el Municipio de Cali, teniendo en cuenta que el Gestor no tenía la competencia para expedir certificados de disposición final y/o aprovechamiento de los residuos ordinarios, peligrosos, de construcción y demolición.

El Gestor presenta certificados de disposición final y aprovechamiento de los siguientes residuos:

Cuadro 4 Certificados de Disposición Final y Aprovechamiento		
Residuos Generados 2019	Disposición Final (kg)	Aprovechamiento (kg)
Concreto	343.540	
Chatarra		66.952
Plástico		40
Residuos comunes		363,5
RAEE- Residuos Varios sin Clasificar	596	
Cerámica	164	
Cartón		1.390
Brazo metálico		7.092
Poste metálico		3.949
Carcaza de lámpara		71.381
Cable aislado de aluminio		14.250
Cable ACSR sin recubrimiento		3.547
Total (kg)	344.300	168.964,5

Fuente: UAESPM

La Constitución Política, en sus artículos 2 y 209, señalan 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.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 3° principios, señala que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

La actividad contractual del Estado debe desarrollarse en virtud de los principios de transparencia (artículo 24 ley 80/93), economía (artículo 25 Ley 80 de 1993) y responsabilidad (artículo 26 ley 80/93) previstos en la ley 80 de 1993.

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 221, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

La Resolución 0472 del 28 de febrero de 2017 *“Por la cual se reglamenta la gestión integral de los residuos generados en las actividades de Construcción y Demolición (RCD) y se dictan otras disposiciones”*, emitida por El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible en su Capítulo IV. Obligaciones, *“Artículo 16. Obligaciones de los gestores de RCD. Son obligaciones de los gestores de RCD de puntos limpios, plantas de aprovechamiento y sitios de disposición final, las siguientes:*

1. Inscribirse ante la autoridad ambiental regional o urbana con competencia en el área donde desarrolla sus actividades.

3. Expedir constancia al generador que incluya la información contenida en el formato del Anexo II, que forma parte integral de la presente resolución.”

El Decreto 1077 del 26 de mayo de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio.”* Expedido por el Presidente de la República de Colombia, TÍTULO 2. SERVICIO PÚBLICO DE ASEO en su Artículo 2.3.2.1.1. Definiciones. Numeral 43. *“Residuo sólido ordinario. Es todo residuo sólido de características no peligrosas que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso es recolectado, manejado, tratado o dispuesto normalmente por la persona prestadora del servicio público de aseo.”.*

El Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”* en su TÍTULO 6. Residuos Peligrosos, en su Artículo 2.2.6.1.3.7. Establece las Obligaciones del Gestor o receptor. *“Las instalaciones cuyo objeto sea prestar servicios de almacenamiento, aprovechamiento y/o valorización (incluida la recuperación, el reciclaje o la regeneración), tratamiento y/o disposición final de residuos o desechos peligrosos deberán:*

- a) *Tramitar y obtener las licencias, permisos y autorizaciones de carácter ambiental a que haya lugar.”.*

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sus artículos 82, 83 y 84, dispone aspectos regulatorios de la actividad de supervisión.

Lo anterior se genera por deficiencias en la supervisión, ocasionando afectación al manejo y disposición final realizada a los residuos generados en la prestación del servicio de alumbrado público, constituyendo una presunta falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002⁴, modificado por el artículo 84, parágrafo 1 de la Ley 1474 del 2011.

Respuesta: En la condición de la observación No. 7, el organismo de control señala que: *“En la evaluación del Convenio Interadministrativo se evidenció falta de supervisión en su deber de control y seguimiento, al no objetar, rechazar, cuestionar y exigir los certificados idóneos de aprovechamiento y/o disposición final de residuos que se generan en la prestación del servicio de alumbrado público, al no realizar pronunciamiento sobre los certificados otorgados al prestador del servicio de alumbrado público en el Municipio de Cali, teniendo en cuenta que el Gestor no tenía la competencia para expedir certificados de disposición final y/o aprovechamiento de los residuos ordinarios, peligrosos, de construcción y demolición.”.*

Frente a lo anterior es de señalar que la empresa comercializadora La Nacional cuenta con licencia ambiental emitida por el DAGMA a través de la Resolución 4133.010.21.319 de abril de 2017 y Plan de Manejo Ambiental aprobado bajo el concepto 4133.05.204795 de julio 2010; licencia que le da las competencia de ser aliado estratégico como gestor ambiental de los Residuos de Construcción y Demolición RCD y aquellos que provienen de la corriente peligrosa como el mercurio y compuestos de mercurio. A su vez, ésta cuenta con la alianza estratégica con Innovación Ambiental (INNOVA) a la que le transfieren los RESPEL para su disposición final segura y ambientalmente responsable conforme a lo estipulado en el Decreto 4741 de 2005. Cuenta también con la empresa ESAI SAS a la que le transfieren los Residuos de Construcción y Demolición- RCD, para su disposición final segura y ambientalmente responsable conforme a lo dispuesto en la Resolución 472 de 2017. Se adjunta certificados de disposición final de INNOVA.

Así las cosas, no puede predicarse por parte de la comisión auditora falta de supervisión, al no objetar, rechazar, cuestionar y exigir los certificados idóneos, toda vez que estos fueron expedidos conforme la norma antes citada y el gestor cuenta con la licencia ambiental exigida.

⁴ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

Frente a lo determinado en la causa, el efecto y la incidencia disciplinaria de la observación No. 7, no refleja el actuar del Director como supervisor, falta gravísima consagrada en numeral 34, Artículo 48 de la Ley 734 de 2002⁵, modificado por el artículo 84, parágrafo 1 de la Ley 1474 de 2011, por cuanto no hubo afectación alguna en el manejo, dado que la disposición final de los elementos se realizó y la Unidad Administrativa cuenta con los respectivos certificados, como se evidencia en los documentos que nuevamente se aportan al Ente de control.

En lo que corresponde a las normas presuntamente vulneradas, es importante señalar al organismo de control que el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece: *“Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”*, por lo que no refleja el actuar de gestor fiscal, falta a sus deberes funcionales, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada.

El Consejo de Estado en Sentencia 01092 de 2018, trajo un importante análisis cuando permite establecer en qué casos la conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen del tipo disciplinario, no tiene una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

“La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»”

En este orden de ideas, la antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, que no basta que el actuar del servidor público encaje dentro del tipo disciplinario, por el solo incumplimiento formal de una norma; debe haber una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo cual excluye de toda responsabilidad disciplinaria al ordenador del gasto en su actuar, toda vez que la acción u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir

⁵ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

contraria a derecho (ilicitud) debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esta medida puede decirse que cuando confluyen estas dos características se está en presencia de una antijuridicidad sustancial requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por «[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii)) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó «[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función

En desarrollo de la normativa constitucional la Ley 734 de 2002, artículo 34, numerales 2° y 6°, imponen a todos los servidores públicos un deber general de carácter afirmativo con respecto al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad y un deber general negativo que los obliga a abstenerse de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión, o perturbación de la función, así como el abuso del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud disciplinaria en el desempeño del cargo.

En derecho disciplinario, se predica sobre el derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones

públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables

La responsabilidad disciplinaria surge frente al comprobado incumplimiento de deberes o la ocurrencia de prohibiciones en el ámbito funcional administrativo, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

Por lo anterior respetuosamente se solicita, retirar la incidencia disciplinaria de la observación No. 7 de naturaleza administrativa.

Observación N° 8 de Naturaleza Administrativa con presunta incidencia Disciplinaria
En la evaluación del Convenio Interadministrativo, se evidenció falta de supervisión frente a la gestión integral de los residuos peligrosos que se producen en la prestación del servicio de alumbrado público, respecto a la verificación del cumplimiento “*del registro de generadores de residuos o desechos peligrosos*” ante la autoridad ambiental competente para su jurisdicción, esto toda vez que el DAGMA indicó que el operador no reportó información sobre la generación de residuos peligrosos durante la vigencia auditada.

En los certificados aportados por la UAESPM para el 2019 se evidencia la generación de 635,5 kg de residuos peligrosos así:

Cuadro 5 Residuos Peligrosos Generados		
Cantidad Generada	Clasificación Decreto 1076/15 Anexo I y II	Descripción
39.5 kg	Y29	Mercurio, compuestos de mercurio.
596 kg	A1180	Montajes eléctricos y electrónicos de desecho o restos de éstos, que contengan componentes como acumuladores y otras baterías incluidos en la lista A, interruptores de mercurio, vidrios de tubos de rayos catódicos y otros vidrios activados y capacitadores de PCB, o contaminados con constituyentes del Anexo I (por ejemplo, cadmio, mercurio, plomo, bifenilo policlorado) en tal grado que posean alguna de las características del Anexo III. (Véase la entrada correspondiente en la lista B B1110).

Fuente: UAESPM y Decreto 1076 de 2015.

La Constitución Política, sus artículos 2 y 209, señalan 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.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 3° principios, señala que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

La actividad contractual del Estado debe desarrollarse en virtud de los principios de transparencia (artículo 24 ley 80/93), economía (artículo 25 Ley 80 de 1993) y responsabilidad (artículo 26 ley 80/93) previstos en la ley 80 de 1993.

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 221, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM., tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

Teniendo en cuenta el Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible*” expedido por El Presidente de la República de Colombia, **TÍTULO 6. Residuos Peligrosos**, sus artículos:

- **Artículo 2.2.6.1.3.1. Obligaciones del Generador.** *De conformidad con lo establecido en la ley, en el marco de la gestión integral de los residuos o desechos peligrosos, el generador debe: (...) f) Registrarse ante la autoridad ambiental competente por una sola vez y mantener actualizada la información de su registro anualmente, de acuerdo con lo establecido en el presente Título (...).*

- *Artículo 2.2.6.1.3.2. Responsabilidad del generador. El generador será responsable de los residuos peligrosos que él genere. La responsabilidad se extiende a sus efluentes, emisiones, productos y subproductos, y por todos los efectos ocasionados a la salud y al ambiente.*
- *Artículo 2.2.6.1.3.3. Subsistencia de la Responsabilidad. La responsabilidad integral del generador, fabricante, importador y/o transportador subsiste hasta que el residuo peligroso sea aprovechado como insumo o dispuesto finalmente en depósitos o sistemas técnicamente diseñados que no represente riesgos para la salud humana y el ambiente.*
- *Artículo 2.2.6.1.6.2. De la Inscripción en el Registro de Generadores. Los generadores de residuos o desechos peligrosos están obligados a inscribirse en el Registro de Generadores de la autoridad ambiental competente de su jurisdicción, en su párrafo establece: “Los generadores de residuos o desechos peligrosos que generen una cantidad inferior a 10.0 kg/mes están obligados a inscribirse en el registro de generadores de la autoridad ambiental competente de su jurisdicción... (...)”*

La Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en sus artículos 82, 83 y 84, dispone aspectos regulatorios de la actividad de supervisión.

Lo anterior, se genera por debilidades en la supervisión, ocasionando incertidumbre en el manejo adecuado de los residuos peligrosos, los cuales son altamente contaminantes al ambiente, constituyendo una presunta falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 34 de la Ley 734 de 2002⁶, modificado por el artículo 84, párrafo 1 de la Ley 1474 del 2011.

Respuesta: Determina la observación: “En la evaluación del Convenio Interadministrativo, se evidenció falta de supervisión frente a la gestión Integral de los residuos peligrosos que se producen en la prestación del servicio de alumbrado público, respecto a la verificación del cumplimiento “del registro de generadores de residuos o desechos peligrosos” ante la autoridad ambiental competente para su jurisdicción, esto toda vez que el DAGMA indicó que el operador no reportó información sobre la generación de residuos peligrosos durante la vigencia auditada.

En los certificados aportados por la UAESPM para el 2019 se evidencia la generación de 635,5 kg de residuos peligrosos así: (...)”

En virtud del Convenio Interadministrativo suscrito el 4 de agosto de 1997 entre el Municipio de Santiago de Cali y el EMCALI EICE ESP, en el cual el Municipio autorizó a EMCALI prestar el servicio de alumbrado público a través de una alianza estratégica con un tercero, ésta celebró el contrato de concesión No. GGE 0027-2000 con Megaproyectos de Iluminaciones de Colombia S.A.S y de acuerdo con la definición de

⁶ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019

“Generador” establecida en el artículo 3 del Decreto 4741 de 2005, esta refiere (...) *“Cualquier persona cuya actividad produzca residuos o desechos peligrosos. Si la persona es desconocida será la persona que está en posesión de estos residuos. El fabricante o importador de un producto o sustancia química con propiedad peligrosa, para los efectos del presente decreto se equipará a un generador, en cuanto a la responsabilidad por el manejo de los embalajes y residuos del producto o sustancia” (...).*

Así las cosas, Megaproyectos de Iluminaciones de Colombia S.A.S. como operador, es quien debe registrarse ante la autoridad ambiental competente por una sola vez y mantener actualizada la información de su registro anualmente, como en efecto lo hizo, lo cual se evidencia en el documento que se anexa a la presente respuesta.

En lo que corresponde a las normas presuntamente vulneradas, es importante señalar al Ente de control que el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece: *“Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”*, por lo que no refleja el actuar de gestor fiscal, falta a sus deberes funcionales, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada.

El Consejo de Estado en Sentencia 01092 de 2018, trajo un importante análisis cuando permite establecer en qué casos la conducta desplegada por un servidor público puede ser objeto de sanción por el derecho disciplinario y cuáles no, al circunscribirla a aquellas infracciones al deber funcional que tengan cierta entidad o sustancialidad o que afecten de manera relevante la función pública. Así se dejan de lado aquellos comportamientos que, aun cuando encajen del tipo disciplinario, no tiene una trascendencia tal en relación con la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general, aspectos que son precisamente el propósito que persiguen las normas disciplinarias.

“La antijuridicidad ha sido identificada por la doctrina como un juicio de desvalor o de contrariedad con el ordenamiento normativo⁶⁶, que varía en relación con las distintas esferas jurídicas que determinan los hechos que son objeto de prohibición. En materia administrativa sancionatoria, una conducta típica será antijurídica cuando afecte el deber funcional, como bien jurídico del Estado protegido por el derecho disciplinario, sin que exista una justificación para sustentar la actuación u omisión, así, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: «Ilícitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.»”

En este orden de ideas, la antijuridicidad entendida como ilicitud sustancial, no se limita a la sola adecuación típica de la conducta, esto es, que no basta que el actuar del

servidor público encaje dentro del tipo disciplinario, por el solo incumplimiento formal de una norma; debe haber una afectación del deber funcional sin justificación alguna, lo cual excluye de toda responsabilidad disciplinaria al ordenador del gasto en su actuar, toda vez que la acción u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir contraria a derecho (ilicitud) debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público (sustancialidad) y en esta medida puede decirse que cuando confluyen estas dos características se está en presencia de una antijuridicidad sustancial requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado especificó que el «deber funcional» se encuentra integrado por «[...] (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii)) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones [...]».

Otro sector de la doctrina resaltó «[...] De conformidad con lo contemplado en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 lo que constituye falta disciplinaria es la realización de aquella conducta que infrinja el deber funcional de manera sustancial. De ahí que no constituye falta disciplinaria la infracción al deber por el deber mismo. No todo desconocimiento del deber implica ya un ilícito disciplinario, es necesario que la conducta entre en interferencia con la función afectando los principios y las bases en las que se asienta. De ahí que es menester que en cada caso en concreto se determine de qué forma el incumplimiento del deber acarreó la afectación de la función.

En desarrollo de la normativa constitucional la Ley 734 de 2002, artículo 34, numerales 2° y 6°, imponen a todos los servidores públicos un deber general de carácter afirmativo con respecto al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad y un deber general negativo que los obliga a abstenerse de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión, o perturbación de la función, así como el abuso del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud disciplinaria en el desempeño del cargo.

En derecho disciplinario, se predica sobre el derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la

obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables

La responsabilidad disciplinaria surge frente al comprobado incumplimiento de deberes o la ocurrencia de prohibiciones en el ámbito funcional administrativo, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

Consecuente con lo anterior, respetuosamente se solicita al organismo de control retirar de la observación No. 8 la incidencia disciplinaria, teniendo en cuenta que hay carencia de elementos que permitan establecer que hubo debilidades en la supervisión y que por ello se generó incertidumbre en el manejo de residuos contaminantes que afectan el medio ambiente.

Observación N° 9 de Naturaleza Administrativa

De la evaluación de los Informes mensuales de *“Verificación de las órdenes de trabajo para podas al sistema de Alumbrado Público”* para la vigencia 2019, se evidenciaron las siguientes debilidades en el contenido de los mismos:

- Los informes no están elaborados por profesionales que cuenten con perfil idóneo, para realizar la supervisión técnica a las actividades de manejo silvicultural ejecutadas.
- No hay pronunciamiento sobre las autorizaciones otorgadas por la autoridad ambiental, las cuales deben ser verificadas para la ejecución de dicha actividad.
- No evidencian seguimiento a la actividad de disposición final de los residuos de material vegetal generados durante las actividades de poda.

El propósito de la UAESPM es garantizar la prestación del servicio de alumbrado público y su papel de supervisor también incluye las labores silviculturales que efectúa el operador en la prestación del servicio de alumbrado público; debe velar porque dichas actividades sean ejecutadas de forma técnica y legal, previniendo y controlando los factores de deterioro ambiental conforme lo dispone el Decreto Extraordinario N°.411.0.20.0516 de 2016 en sus artículos 221 y 222

Lo anterior se genera por debilidades en la supervisión, lo cual no garantiza la ejecución de podas realizadas de forma técnica, el adecuado manejo y disposición final de los residuos vegetales generados y si la actividad fue ejecutada previa autorización de la

autoridad ambiental competente. Adicionalmente, las podas realizadas de forma anti técnicas pueden generar riesgos a la comunidad.

Respuesta: En atención a lo evidenciado por la comisión auditora, se procede a dar respuesta en los siguientes términos:

- Los informes no están elaborados por profesionales que cuenten con perfil idóneo, para realizar la supervisión técnica a las actividades de manejo silvicultural ejecutadas.

R/ El equipo de Supervisión de alumbrado público en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Público Municipales – UAESPM, cuenta con el apoyo del Equipo de Aseo quienes hacen el seguimiento a las empresas que prestan servicio a poda de árboles, lo cual se cargan vía tarifa y cualquier duda o consulta al respecto de un procedimiento, se eleva a dicho equipo conformado por profesionales con la idoneidad y experiencia en temas ambientales, como biólogos e Ingeniero agrónomo, quienes se encargan de reforzar los procedimientos técnicos en las intervenciones silvicultural. Lo anterior está documentado en los archivos de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos Municipales.

- No hay pronunciamiento sobre las autorizaciones otorgadas por la autoridad ambiental, las cuales deben ser verificadas para la ejecución de dicha actividad.

R/ Las podas menores al Sistema de Alumbrado Público, se realizan de conformidad con lo estipulado en el numeral 510.7 COEXISTENCIA DE LAS LUMINARIAS CON LOS ÁRBOLES EN LAS VÍAS del Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público- RETILAP. En dichas podas se realiza solamente el despeje de luminarias y se verifica el uso de cicatrizante por parte del operador. Así mismo, teniendo en cuenta que estos árboles hacen parte del sistema arbóreo de la ciudad de Cali, hoy Distrito Especial, en caso que se ponga en riesgo la estabilidad de un árbol, éste no es intervenido y se remite al DAGMA, para que haga parte de la programación de poda de la Prestación del Servicio Público de Aseo.

- No evidencian seguimiento a la actividad de disposición final de los residuos de material vegetal generados durante las actividades de poda.

R/ Se cuenta con el certificado de disposición final de la empresa POREMA. Sin embargo, se solicitó para futuras vigencias, completar la información indicando que son desechos provenientes de la poda de árboles para el despeje de luminarias de alumbrado público de Santiago de Cali. Se adjunta documento CERTIFICADO POREMA DISTRIABONO.

En lo referente a la causa y el efecto de la observación No. 9, es válido manifestar que la ejecución de podas de forma técnica sí está garantizada en cuanto se realiza

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202041820100018841**

Fecha: **2020-08-27**

TRD: **4182.010.13.1.953.001884**

Rad. Padre: **202041820100018841**

conforme a los lineamientos técnicos del RETILAP, consistente en el despeje de luminarias desde ángulos determinados. Ahora si al intervenir se determina riesgo para el árbol en su estructura y sostenibilidad, se vincula al DAGMA para lo de su competencia, frente a esto no se puede descalificar ni la ejecución de las actividades, ni las de control y vigilancia por parte del supervisor que están documentadas, sin que se generen riesgos para la comunidad.

En estos términos se deja consignada la respuesta a la observación No. 9 de naturaleza administrativa.

Quedamos a su disposición para atender cualquier requerimiento adicional.

Atentamente,



MARCO AURELIO VERA DÍAZ
Director Técnico

Anexos: Carpetas digitales

Proyectó: Ángela María Perea - Contratista

Constanza Guzmán - Contratista

Revisó: Francisco Javier Bonilla Hurtado - Profesional Especializado

Luz Karime Tabares - Contratista

Marco Aurelio Vera - Director Técnico