

INFORME DE VISITA DE CONTROL FISCAL

CÓDIGO 531

DIRECCIÓN SECTOR SERVICIOS PÚBLICOS

EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARRILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ,
EAB – ESP.

VIGENCIA: 2012 - 2013

Elaboró:

JORGE ORLANDO MURCIA SEQUEDA.
YENNY EDITH ALARCON QUIROGA.
YESID JOHN BIDER PULIDO CHACON.
Equipo de Auditoría

Gerente 039-01
Profesional Especializado 222-07
Profesional Especializado 222-07

Aprobó:

PAOLA VÉLEZ MARROQUÍN

- Directora
Sector Servicios Públicos

Bogotá, D.C. enero de 2017

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

CONTENIDO

1. CARTA DE CONCLUSIONES	3
2. ALCANCE Y MUESTRA DE AUDITORÍA	6
3. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA	7
3.1 EVALUACIÓN DE RESULTADOS	7
3.1.1. Sentencias No. 25000-23-25-000-2006-04060-01 y 25000-23-25-000-2006-04197-01	7
3.1.1.1. <i>Hallazgo administrativo con incidencia fiscal y presunta incidencia disciplinaria y penal, por no ejercer la acción de repetición con ocasión a la Sentencia No. 25000-23-25-000-04197-01, proferida por el Consejo de Estado, en donde fue condenada la EAB - ESP., al pago de sumas de dinero en cuantía de \$1.358.843.967.</i>	<i>7</i>
3.1.1.2. <i>Hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria, por deficiencias al seguimiento de las condenas en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-EPS., y las acciones legales a ejecutar.</i>	<i>20</i>
4. ANEXOS	26

1. CARTA DE CONCLUSIONES

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Bogotá

Doctor

GERMÁN GONZÁLEZ REYES

Gerente

Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, EAB ESP

Ciudad

Asunto: Carta de Conclusiones

La Contraloría de Bogotá, con fundamento en los artículos 267 y 272 de la Constitución Política y el Decreto 1421 de 1993, practicó visita de control fiscal a la entidad Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, EAB ESP., vigencia 2012 y 2013, a través de la evaluación de los principios de economía, eficiencia y eficacia con que administró los recursos puestos a su disposición y los resultados de su gestión en la ejecución de las Sentencias No. 25000-23-25-000-2006-04197-01 de 2012 y 25000-23-25-000-2006-04060-01 de 2013 y las acciones correspondientes.

Es responsabilidad de la administración el contenido de la información suministrada por la entidad y analizada por la Contraloría de Bogotá D.C. La responsabilidad de este ente de control consiste en producir un Informe de visita de control fiscal que contenga el concepto sobre el examen practicado. La evaluación se llevó a cabo de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas, con políticas y procedimientos establecidos por la Contraloría; de manera que el examen proporcione una base razonable para fundamentar nuestro concepto.

La auditoría incluyó el examen, sobre la base de pruebas selectivas, de las evidencias y documentos que soportan el área, actividad o proceso auditado y el cumplimiento de las disposiciones legales; los estudios y análisis se encuentran debidamente documentados en papeles de trabajo, los cuales reposan en los archivos de la Contraloría de Bogotá D.C.

CONCEPTO DE GESTIÓN SOBRE EL ANÁLISIS EFECTUADO

La Contraloría de Bogotá D.C. como resultado de la visita de control fiscal adelantada, conceptúa que la gestión en la ejecución de las Sentencias No. 25000-23-25-000-2006-04197-01 de 2012 y 25000-23-25-000-2006-04060-01 de 2013, no cumplen con los principios evaluados de economía, eficiencia y eficacia.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

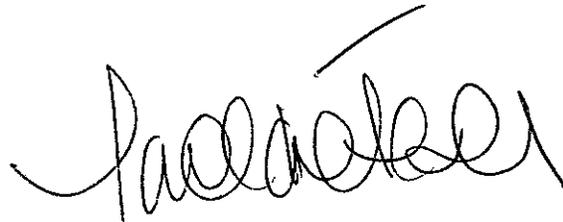
PRESENTACIÓN PLAN DE MEJORAMIENTO

Frente a los hallazgos evidenciados en el presente informe, la entidad dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la comunicación del informe final, debe ajustar el plan de mejoramiento que se encuentra ejecutando, con acciones y metas que permitan solucionar las deficiencias comunicadas durante el proceso auditor y que se describen en el informe. El Plan de Mejoramiento ajustado debe ser entregado dentro de los términos establecidos por la Contraloría de Bogotá D.C.

Dicho plan de mejoramiento debe contener las acciones y metas que se implementarán por parte de la Entidad, las cuales deberán responder a cada una de las debilidades detectadas y comunicadas por el equipo auditor, el cronograma para su implementación y los responsables de su desarrollo.

Producto de la evaluación, se anexa Capítulo resultados visita de control fiscal, que contiene los resultados y hallazgos detectados por este Órgano de Control.

Atentamente,



PAOLA VELEZ MARROQUIN
Directora Técnica Sector Servicios Públicos

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

2. ALCANCE Y MUESTRA DE AUDITORÍA

La evaluación de la gestión fiscal de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARRILADO Y ASEO DE BOGOTA EAB - ESP., se realiza de manera posterior y selectiva, mediante la aplicación de las normas de auditoría de general aceptación, la cual se aplicará a la gestión fiscal, de conformidad con la queja No. 1-2017-00065, puesta en conocimiento de éste Ente de Control, sobre los fallos del Consejo de Estado en los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los que se condenó a la EAB-ESP., al pago de sumas de dinero, con el propósito de examinar si los recursos económicos, físicos, humanos y tecnológicos, puestos a disposición del gestor fiscal, fueron utilizados de manera eficiente, eficaz y económica.

Los criterios de selección para la identificación de la muestra de auditoría, corresponden a las dos sentencias emitidas por el Consejo de Estado, en las que fue condenada la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARRILADO Y ASEO DE BOGOTA EAB - ESP., como se relacionan a continuación:

CUADRO 1
MUESTRA

ÓRGANO EMITE FALLO	PROCESO	DEMANDANTES
CONSEJO ESTADO	25000-23-25-000-2006-04060-01	ERNESTO M. RESTREPO WERWYVEL
CONSEJO ESTADO	25000-23-25-000-2006-04197-01	CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO

Fuente: Elaboración propia con información suministrada por la EAB-ESP.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

3. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA

3.1 EVALUACIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Sentencias No. 25000-23-25-000-2006-04060-01 y 25000-23-25-000-2006-04197-01

3.1.1.1. Hallazgo administrativo con incidencia fiscal y presunta incidencia disciplinaria y penal, por no ejercer la acción de repetición con ocasión a la Sentencia No. 25000-23-25-000-04197-01, proferida por el Consejo de Estado, en donde fue condenada la EAB - ESP., al pago de sumas de dinero en cuantía de \$1.358.843.967.

Mediante resolución No. 0952 del 09 de diciembre de 2005, fue declarado insubsistente el nombramiento del Doctor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.521.898 de Bogotá.

La anterior resolución fue demandada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección “C”, quien el cuatro (04) de septiembre de 2008 y mediante corrección de sentencia del seis (06) de noviembre de 2008, resolvió:

{...} PRIMERO.- Declárense nulas parcialmente, en cuanto a la fecha de vigencia se refiere, las resoluciones números 0952 del 9 de diciembre de 2005 y 0997 del 19 de diciembre del mismo año, proferidas por el Gerente General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP., mediante las cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Francisco Restrepo Palacios como Gerente Código 39 Grado 06 Gerencia de Zona 3, Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente y se nombró en su reemplazo al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, respectivamente, para que los actos administrativos retomen su vigencia a partir del día 13 de marzo del año dos mil seis (2006), inclusive. SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá —ESP reconocerá para todos los efectos legales y cancelará al señor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIOS identificado con la C.C. No. 79.521.898 de Bogotá, los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar desde cuando fue retirado del servicio hasta el 12 de marzo de 2006 inclusive, entendiéndose que no hubo solución de continuidad hasta

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

dicha fecha y descontando de dichas sumas los valores que le correspondan por el porcentaje que deba cancelar por concepto de aportes para pensión {...}”.

La anterior decisión fue recurrida por el apoderado judicial del actor y la apelación adhesiva de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB – ESP., razón por la cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”, al resolver su recurso de Apelación en sentencia del doce (12) de abril de 2012, falló:

“{...} REVOCASE la sentencia de 04 de septiembre de 2008, por medio de la cual el 'Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las súplicas de la (sic) demanda presentada por CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., que declaró nulas parcialmente, en cuanto a la fecha de vigencia se refiere, las Resoluciones Nos. 0952 de 9 de diciembre de 2005 y 0997 de 19 de diciembre del mismo año. En su lugar se dispone PRIMERO: DECLARASE no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda SEGUNDO: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 0952 del 9 de diciembre de 2005 y 0997 del 19 de diciembre de 2005, proferidas el Gerente General de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D.C. E.S.P. TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, condenase a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., a reintegrar al actor, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, junto con los aumentos o reajustes respectivos, desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo. Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula:{...} Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicara separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. CUARTO: DECLARASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha del retiro, y a la fecha en que se produzca el reintegro al cargo. QUINTO: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo {...}”.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Una vez ejecutoriado el fallo, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB – ESP., procedió mediante Acta de Posesión No. 0066 del catorce (14) de junio de 2012, a reintegrar al señor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO, al cargo de Gerente Código 039 Grado 06 de la Gerencia Zona 1 de la Gerencia Corporativa de Servicio Al Cliente y mediante resolución No. 0461 del dieciocho (18) de julio de 2012, determino el “cumplimiento de la sentencia” para lo cual procedió:

“{...} ARTICULO PRIMERO: En cumplimiento a la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por el Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda — Subsección "B" dentro del proceso interpuesto por CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.521.898 de Bogotá, - D.C., contra la E.A.A.B.-ESP-, reconocer y ordenar pagar a su favor la suma de OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS(\$863.767.542) M/CTE por concepto de salarios, prestaciones sociales y cesantías junto con los incrementos respectivos, dejados de devengar desde el 10 de diciembre de 2005 hasta el 31 de mayo de 2012, debidamente indexados y actualizados {...}”.

A su vez, la anterior resolución fue adicionada por la resolución No. 0629 del 03 de octubre de 2012,

“{...} ARTICULO PRIMERO: En cumplimiento a la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección :Segunda — Subsección “B” dentro del proceso interpuesto por CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.521.898 de Bogotá, D.C., contra la E.A.A.B.-ESP-, se ordena el reconocimiento y el pago de la suma de TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$317.175.246) M/CTE, al Fondo de Pensiones y Cesantías SKANDIA, por concepto de los aportes, para pensión del señor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO, desde el 10 de diciembre de 2005 hasta el 31 de mayo de 2012, lo cual incluye el Fondo de Solidaridad Pensional {...}”.

Que a su vez fue adicionada por la resolución No. 0683 del 25 de octubre de 2012,

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

“{...} ARTICULO PRIMERO: En cumplimiento a -la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por el Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda Subsección “B” dentro del proceso interpuesto por CARLOS FRANCISCO RESTRÉPO PALACIO Identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.121.898 de Bogotá, D.C. contra la E.A.A.B.- ESP, se ordena el reconocimiento y el pago de la suma de NUEVE 'MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$9.126.297) M/CTE, al Fondo de Pensiones y cesantías SKANDIA, por concepto de los intereses con fecha de corté 31 de octubre de 2012; de los aportes para pensión del señor CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO, desde el 10 de diciembre de ,2005 hasta et 31 de mayo de 2012, lo cual incluye el Fondo de Solidaridad Pensiona {...}”.

Los valores reconocidos anteriormente se sustentan así:

CUADRO 2
DISCRIMINADO A PAGAR DE ACUERDO A SENTENCIA 2016-04197

CONCEPTO	VALOR
Valor indexado para pago (Sueldos, bonificaciones y primas)	\$ 942.728.204
Menos retención en la fuente	\$ 168.774.882
Valor Neto a Pagar	\$ 773.953.322
Valor indexado para el pago de Cesantías	\$ 89.814.220
VALOR NETO A PAGAR	\$ 863.767.542
ADICION 1	
APORTES DE PENSIONES	\$317.175.246
ADICION 2	
INTERÉS DE CESANTIAS	\$9.126.297
VALOR NETO TOTAL	\$1.190.115.763
VALOR TOTAL DEL HALLAZGO	\$1.358.843.967

Fuente: Información de la resolución que ordena cumplimiento

El pago efectivo al demandante, fue realizado el día veintinueve (29) de octubre de 2012, mediante el pago al fondo de pensiones a través de cheque No. 0120553 y pago al demandante con el cheque No. 0120239, tal como consta en certificación de EAB – ESP- del 01 de agosto de 2012 (Evidenciado en el reporte de pago del 12 de octubre de 2016).

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

La Constitución Política de Colombia, consagró en su ordenamiento jurídico en el artículo 90, la cláusula general de responsabilidad del Estado y a su vez, estipuló la posibilidad de repetir contra servidores públicos, que con su actuar doloso o gravemente culposo ocasionaran una condena en contra de la nación.

"{...} ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haga sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste {...} (Subrayado fuera de Texto).

El artículo 90 Constitucional, fue desarrollado por la Ley 678 de 2001, la cual definió aspectos sustanciales y procesales de la mencionada acción y en el artículo 2, definió la Acción de Repetición, hoy Medio de Control Judicial de Repetición, en los siguientes términos:

"{...} ARTÍCULO 2. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

PARÁGRAFO 1. *Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones Públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto, estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.*

PARÁGRAFO 2o. *Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el*

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

PARÁGRAFO 3o. *La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*

PARÁGRAFO 4o. *<Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.” {...}” (Subrayado fuera de Texto).*

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, define el Medio de Control de Repetición en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 142. REPETICIÓN. Cuando el Estado haga debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño. {...}” (Subrayado fuera de Texto).

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Como se puede observar, el hoy Medio de Control Judicial de Repetición, tiene como finalidad, obtener el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización ordenada en una condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de conflictos.

Al respecto, en reciente pronunciamiento el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, de veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), con radicación: 11001032600020090007 00 (36310), señaló lo siguiente:

"{...} Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ti) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; iii) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado andado; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico {...}."

Es de imperativa importancia traer a colación lo normado en el acuerdo No. 01 de 2011 ***“POR LA CUAL SE EXPIDE EL REGLAMENTO DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - ESP”***, en cuanto allí está establecido:

"{...} ARTÍCULO 3º.- INTEGRACIÓN.- El Comité de Conciliación estará integrado por los siguientes funcionarios, quienes concurrirán con voz y voto y serán miembros permanentes:

- 1 El Gerente General o su delegado*
- 2 El Gerente Corporativo cuyo asunto se someta a consideración del Comité y quien actúa como ordenador del gasto por delegación del Gerente.*
- 3 El Gerente Jurídico*
- 4 El Director de Presupuesto*
- 5 El Jefe de la Oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa*

Cuando se trate de asuntos en donde el ordenador del gasto sea el Secretario General, actuará el delegado del Gerente General.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

La participación de los integrantes será indelegable, salvo las excepciones previstas {...}

{...} ARTÍCULO 4°.- FUNCIONES DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN.- El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la EAAB-ESP:- ejercerá las siguientes funciones:... 6. Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la EAAB-ESP.- con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición {...}” (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la ficha No. 94 del Sistema de Información de Procesos Jurídicos “SIPROJ”, el abogado externo de la EAB - ESP., quien fuera designado del estudio para el ejercicio de la Acción de Repetición, presentó como recomendaciones al Comité de Conciliación:

*"{...} **RECOMENDACIÓN:** Corroborada la existencia de los elementos objetivos de la acción de repetición, a partir de la conducta desplegada por el entonces Gerente General de la EAAB-ESP, quien, obrando con desviación de poder, expidió la Resolución No. 0952 de nueve (9) de diciembre de dos mil cinco (2005) en abierto desconocimiento del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005; SE RECOMIENDA a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá INICIAR LA ACCIÓN DE REPTICIÓN del caso Carlos Francisco Restrepo Palacio, radicado No. 2006-04197, EN CONTRA DE EDGAR ANTONIO RUIZ RUIZ.{...}*”.

Es así como el Comité de Conciliación en acta No. 28 de noviembre de 2012, frente al referido proceso se pronunció así:

"{...} CUARTO CASO... EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DECIDIÓ .POR UNANIMIDAD INICIAR -Corroborada la existencia de los elementos objetivos de la acción de repetición, a partir de la conducta desplegada por el entonces Gerente General de la EAAB-ESP, quien, obrando con desviación de poder, expidió la Resolución No. 0952 de nueve (9) de diciembre de dos mil cinco (2005) en abierto desconocimiento del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005; radicado No. 2006-04197. Se inicia acción de repetición en contra de EDGAR ANTONIO RUIZ RUIZ {...}”.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

De lo hasta aquí expuesto y como quiera que para ejercer la acción de repetición se presupone para su viabilidad, la existencia de una condena judicial o acuerdo conciliatorio u otra forma de terminación de conflictos que imponga el reconocimiento de una indemnización a cargo del Estado y en el caso sometido a estudio existe una condena en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP., donde se le impone una obligación a realizar el pago de una suma de dinero a favor del demandante, se indica que éste reunió los elementos esenciales para el ejercicio de la acción.

De conformidad con el Acuerdo No. 11 de 2013, expedido por la Junta Directiva de la EAB-ESP., “**POR EL CUAL SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –ESP, Y SE DETERMINAN LAS RESPONSABILIDADES DE SUS DEPENDENCIAS**” se encuentra el responsable normativo del ejercicio del Medio de Control de Repetición es:

*“{...} ARTÍCULO 13º: La Oficina Asesora Representación Judicial y Actuación Administrativa tendrá las siguientes responsabilidades... 1. Representar judicialmente y extrajudicialmente a la Empresa ante las diferentes instancias judiciales, administrativas y arbitrales en los procesos en los que ella sea parte, buscando proteger los intereses de la entidad y la debida conservación del patrimonio público... 7. Someter a consideración del Comité de Conciliación, el estudio y decisión de las acciones de repetición de conformidad con la ley. 8. **Gestionar y coordinar las actividades relacionadas con el pago** de gastos procesales condenas judiciales y decisiones de pago contenidas en actos administrativos en contra de la Empresa. 9. Otorgar poderes para representar judicial y administrativamente a la entidad {...}” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).*

Como quiera que el ejercicio del Medio de Control se encuentra plenamente identificado es importante verificar el plazo normativo para el ejercicio efectivo de la acción, es por eso que se debe verificar las reglas señaladas en el artículo 11 de la Ley 678 de 2001:

“{...} ARTÍCULO 11. Caducidad. La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública {...}” (Subrayado fuera de texto).

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

De conformidad con las sentencias C-832 de 2001 y C-349 de 2002, la caducidad de la acción de repetición opera de manera diferente en tres escenarios jurídicos distintos:

“ {...} i.) Dos (2) años, contados a partir del momento en que se produzca el pago total por parte de la entidad pública, en los casos en que el cumplimiento de la obligación no se encuentre fraccionado.

ii.) Dos (2) años, que se cuentan a partir de la fecha en que se cancele el último pago por la Administración, si el pago se ha realizado en cuotas.

iii.) Cuarenta y dos (42) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial, plazo que se obtiene de sumar los veinticuatro (24) meses de plazo establecidos en el artículo 11 de la Ley 678 más los dieciocho (18) meses fijados en la pauta jurisprudencial citada {...}.”

Así mismo, resulta importante mencionar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, no modificó el término de caducidad para presentar las demandas de repetición:

“ {...} ARTICULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:...

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:..

1) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código {...}” (Subrayado fuera de texto).

Visto lo anterior, la oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-ESP., debió dar inicio a la respectiva Acción de Repetición dentro del periodo comprendido entre el 30 de Octubre de 2012 (día siguiente a la fecha de pago total de la obligación) y el 29 de Octubre de 2014.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

De conformidad con el radicado No. 1-2017-00065 de fecha 2017-01-03 PRO 838040, el jefe de la Oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-ESP., informa:

“{...} XIV. En el este asunto, desde la fecha del último pago realizado por la EAB-ESP, hasta el día de hoy han transcurrido más de dos años, razón por la cual ante la imposibilidad de dar inicio a la acción de repetición por haber operado la caducidad de la misma, pongo en conocimiento de la entidad que Usted representa los hechos expuestos, a fin de que se tomen las acciones respectivas y que sean de competencia de su entidad {...}”.

Con base en lo anterior es importante traer a colación la Ley 678 de 2001 en sus artículos:

“{...} ARTÍCULO 3º. Finalidades. La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

*ARTÍCULO 4º. Obligatoriedad. **Es deber** de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.*

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta {...}” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

Ante la omisión presentada por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-ESP., en el ejercicio del Medio de Control Judicial de Repetición, (el cual contiene los requisitos esenciales para la ejecución de la acción, aunado a que internamente se celebró el procedimiento interno para identificar la necesidad y obligación de ejercitar dicho medio), se configura una trasgresión a los principios de moralidad y eficiencia de la función pública y en perjuicio de los fines retributivo y preventivo generando un impacto negativo económico y en contravía de los principios de eficiencia, eficacia y economía.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Así las cosas, se evidencia una gestión antieconómica e ineficiente generada con el actuar del sujeto de control, que desconoció lo contemplado en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, generando posible daño al patrimonio público en cuantía de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$1.358.843.967) M/CTE, valor correspondiente al pago efectuado en cumplimiento de la condena proferida por el Consejo de Estado dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2006-04197-01. Así mismo, pudo haberse vulnerado el deber funcional según lo establecido en la Ley 734 de 2002 y Ley 599 de 2000.

Valoración de la respuesta:

No es de recibo la respuesta de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB – ESP, cuando informa que con fecha julio de 2015, solicitó información a la EPS Compensar para pago de aportes en salud y hasta la fecha, dicha EPS no ha aportado contestación alguna.

Ahora bien, es importante verificar los plazos establecidos legalmente para el ejercicio de la acción, tal como se transcribió en la observación presentada por este Ente de Control:

{...} i.) Dos (2) años, contados a partir del momento en que se produzca el pago total por parte de la entidad pública, en los casos en que el cumplimiento de la obligación no se encuentre fraccionado.

ii.) Dos (2) años, que se cuentan a partir de la fecha en que se cancele el último pago por la Administración, si el pago se ha realizado en cuotas.

*iii.) Cuarenta y dos (42) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia judicial, plazo que se obtiene de sumar los veinticuatro (24) meses de plazo establecidos en el artículo 11 de la Ley 678 más los dieciocho (18) meses fijados en la pauta jurisprudencial citada {...}.”
(Subrayado fuera de texto)*

Es decir, al presente caso le aplica totalmente el aparte subrayado porque ni la condena, ni el pago se fraccionaron en cuotas.

Así mismo, se resalta la decisión del Consejo de Estado que determinó:

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

{...} TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, condenase a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.C. E.S.P., **a reintegrar al actor**, al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, **y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, junto con los aumentos o reajustes respectivos, desde la fecha del retiro y hasta que se produzca el reintegro efectivo al cargo.** Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula:{...} Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicara separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos {...}.”(Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Con base en lo anterior, se concluye que la sentencia contenía en su numeral tercero una obligación “INTUITO PERSONAE” frente al sujeto demandante, es decir CARLOS FRANCISCO RESTRÉPO PALACIO, constitutiva en su reintegro y el pago de salarios y prestaciones sociales, obligaciones que se cumplieron con la resolución No. 0073 del 7 de febrero de 2014 y el pago efectivo de las resoluciones No. 0461 del 18 de julio de 2012, 0629 del 03 de octubre de 2012 y 0683 del 25 de octubre de 2012.

De acuerdo con lo mencionado, se debía pagar los salarios dejados de percibir más, la prima de servicio, las cesantías y los intereses a las cesantías los cuales constituyen la prestación social; mientras que el pago de los aportes en salud, se tendrían como una obligación de la Empresa al operador en salud, por cuanto las prestaciones sociales no constituyen salario y no forman parte de la base sobre la cual se paga la seguridad social.

Adicionalmente, se observó que en la resolución No. 0461 de 18 de julio de 2012, se determinó la deducción del trabajador del 4% y el cálculo correspondiente al aporte del empleador a salud y su respectiva indexación, razones por las cuales los argumentos del sujeto de control no desvirtúan la observación.

Se configura la observación como Hallazgo Administrativo con incidencia fiscal y presunta incidencia disciplinaria y penal.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

3.1.1.2. *Hallazgo administrativo con presunta incidencia disciplinaria, por deficiencias al seguimiento de las condenas en contra de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-EPS., y las acciones legales a ejecutar.*

Con radicado No. 1-2017-00065 de fecha 2017-01-03 PRO 838040, el Jefe de la Oficina Asesora Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB - ESP., informó frente a la Sentencia No. 25000-23-25-000-2006-04060-01, que operó el fenómeno de la Caducidad de la Acción:

“{...} IX. En el presente asunto desde la fecha de pago hasta el día de hoy han transcurrido más de dos años, razón por la cual ante la imposibilidad de dar inicio a la acción de repetición por haber operado la caducidad de la acción, pongo en conocimiento de la entidad que Usted representa los hechos expuestos, a fin de que se tomen las acciones respectivas y que sean de competencia de su entidad. {...}”.

En Acta Administrativa del diecisiete (17) de enero de 2017, realizada a la Dirección de Representación Judicial y Administrativa se determinó que la Oficina de Representación Judicial tiene a cargo el pago de todas las sentencias judiciales, excepto las relacionadas con los rubros proyectos de inversión u obligaciones pensionales:

“{...} La Dirección de Representación Judicial tiene un procedimiento aprobado en el cual se establece como se debe dar trámite al pago de sentencias judiciales...”

Los pagos de sentencias judiciales proveen los recursos para el pago del valor de las sentencias, laudos, conciliaciones judiciales y extrajudiciales y/o transacciones y providencias de autoridades jurisdiccionales competentes, en contra de la Empresa y en favor de terceros, exceptuando las obligaciones que se originen como consecuencia de proyectos de inversión u obligaciones pensionales, los cuales serán cancelados con cargo al mismo rubro o proyecto que originó la obligación principal, casos que nos ocupan. Los dos casos mencionados fueron con cargo al rubro de la Gerencia de Gestión Humana {...}” (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, en dicha visita se estableció que la Oficina de Representación Judicial inicia los trámites respectivos cuando conoce el cumplimiento del (los) pago(s) respectivo(s):

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

“{...} 4. Pregunta: La Oficina Asesora de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la entidad, tuvo conocimiento del pago realizado dentro de las condenas establecidas en la sentencia No. 2006-04060 y 2006-04197. Respuesta: Tuvimos conocimiento del pago, cuando iniciamos la indagación sobre las condenas judiciales, de los archivos revisados se pudo establecer que para el proceso correspondiente a 2006-04197 demandante Carlos Francisco Restrepo Palacio a través del oficio 1530020144284 del 23 de julio de 2014, el jefe de la oficina de Representación Judicial de la época solicito al Dr. Andrés Rodríguez Gutiérrez abogado externo de la Empresa, el estudio de la acción de repetición adjuntando oficios dirigidos a la Tesorería para que certifiquen el pago de la sentencia {...}” (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en Acta Administrativa del dieciocho (18) de enero de 2017, a la Dirección de Tesorería se evidenció que la Dirección de Tesorería sólo emite certificaciones de pago por solicitud de las dependencias de la Entidad y que dichos pagos pueden ser consultados en el software de uso interno sistema SAP empresarial:

“{...} Estos pagos fueron tramitados por la Dirección de Compensaciones en todos sus componentes e informados a la Dirección de Tesorería. Para la sentencia 2006-04197 correspondiente a Carlos Francisco Restrepo Palacios se realizaron 3 pagos, uno por \$863.767.542 el 1º de agosto de 2012, el segundo por \$317.175.246 el 4 de abril de 2012 y el 3º por \$9.126.297 pagado el 29 de octubre de 2012. En el caso de la sentencia 2006-04060 de Ernesto Mauricio Restrepo se realizó un pago por \$1.233.168.157 el 12 de marzo de 2014...

...3. Pregunta: Cuando se realizan dichos pagos se informa a la Oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa sobre los mismos? Respuesta: Una vez realizado el pago y por solicitud de la Oficina de Representación Judicial mediante memorando 15300-2014-4022 del 11 de julio de 2014 de la Jefe de Oficina Asesora Jurídica Dra. Gemma Sofía Bordamalo Echeverri, se envió la certificación de la Dirección de Tesorería con radicado 1350001-2014-3987 del 21 de julio de 2014 informando el trámite correspondiente a la sentencia 2006-04197, se aclara que esta fue la única sentencia de la que se solicitó certificación de pago. Vale señalar que la oficina que represento maneja una cantidad significativa de pagos y sólo se envía a las dependencias si éstas lo solicitan; igualmente, se precisa que cada oficina de origen puede consultar el estado de la cuenta a través del sistema SAP empresarial, seguimiento que es responsabilidad del

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

supervisor o interventor o jefe de la oficina. Se deja constancia que Tesorería no tiene un procedimiento establecido para generar certificaciones por cada pago realizado, sólo se expiden a solicitud de cualquier dependencia de la Entidad {...}” (Subrayado fuera de texto).

Es de anotar que con respuesta a oficio No. 2101000-EAB-VCF 05 del 19 de enero de 2017, la EAB- ESP., certifica que la fecha de entrada en operación del sistema SAP empresarial es del primero (1) de mayo de 2003.

Con la información suministrada, se realizó seguimiento al pago efectivo del demandante Ernesto Mauricio Restrepo Verswyvel y se determinó que fue realizado el día doce (12) de marzo de 2014, mediante transferencia a la Cuenta de Ahorro No. 0079-7024-3205, el cual se encuentra identificado como “abono en Cuenta Por Pago de Nómina” tal como consta en certificación del Banco Davivienda en su informe del mes de marzo de 2014, e impresión de documento No. 2000437775 del “SAP” (plataforma EAB – ESP-).

Con base en dicho soporte, la oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB-ESP., debió dar inicio a la respectiva Acción de Repetición dentro del periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2014 (día siguiente a la fecha de pago de la obligación) y el 12 de marzo de 2016.

Como quiera que el equipo auditor revisó la documentación suministrada a través de la respuesta al oficio de la Contraloría No. 2100100EAB-VCF-04 del 16 de enero de 2017, se logró evidenciar el oficio de la EAB-ESP., del 21 de julio de 2015, donde la Dirección de Compensaciones le informa a la oficina de Representación Judicial y Administrativa:

“{...} conforme a las normas, expuestas dicho se genera, cuando queda en firme el acto administrativo de liquidación de cesantías definitivas, por efectos de la solicitud del empleado público retirado del servicio. Como es su caso, usted no solicitó el reconocimiento de las cesantías por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 10 de febrero de 2014, no se generó acto administrativo alguno y solamente por efectos del cierre fiscal del año 2014, el 19 de noviembre de ese mismo año, se generó la liquidación definitiva de sus cesantías, que se pagaron efectivamente el 30 de diciembre de 2014 {...}” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Así las cosas, la oficina Asesora Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB- ESP., debió dar inicio a la respectiva Acción de Repetición dentro del periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2014 (día siguiente a la fecha de pago de la obligación) y el 30 de diciembre de 2016.

Sin embargo, ante la diversidad de fechas de pago se procedió a levantar Acta Administrativa del veintiuno (21) de enero de 2017, realizada a la Dirección Gestión de Compensaciones donde se comprobó la existencia de un nuevo pago:

*“{...} en cumplimiento de la sentencia la EAB expidió la Resolución 0094 del 19 de febrero de 2015 por medio de la cual en cumplimiento de la sentencia referida se ordena pagar \$3.767.700 por concepto de aportes a pensión del señor Ernesto Mauricio Restrepo Verswyvel del mes de diciembre de 2005 debidamente indexados por el fondo de solidaridad pensional, cuya copia se anexa, con fecha efectiva de pago del 20 de febrero de 2015. {...}”
(Subrayado fuera de texto).*

Finalmente, se puede establecer que el ejercicio del Medio de Control de Repetición se encuentra en términos para su ejercicio antes de que opere la figura de la Caducidad de la Acción, para lo cual la Oficina Asesora Representación Judicial y Actuación Administrativa de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá AEB- ESP., debe dar inicio a la respectiva Acción de Repetición dentro del periodo comprendido entre el 21 de febrero de 2015 (día siguiente a la fecha de pago de la obligación) y el 20 de febrero de 2017.

Es importe traer a colación el contenido normativo de la Ley 678 de 2001 que en su artículo 8º establece:

“{...} ARTÍCULO 8º. LEGITIMACIÓN. En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley

Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

1. *El Ministerio Público.*

2. *Modificado por el art. 6, Ley 1474 de 2011. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.*

PARÁGRAFO 1º. Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.

PARÁGRAFO 2º. Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución. {...}” (Subrayado fuera de texto).

Con lo anterior, se observan debilidades por la inexistencia de un procedimiento estandarizado, frente a la información de pagos y consulta del pago efectivo de las condenas, cuando estas se encuentran dentro de las excepciones mencionadas por la Dirección de Representación Judicial y Actuación Administrativa, ocasionando no solo desorganización administrativa, que puede generar pérdidas de carácter económico al patrimonio público.

Se concluye que la falta de controles efectivos, por parte de las oficinas que tienen a cargo la dirección de estos procesos y procedimientos, dio lugar a la situación descrita.

Así mismo pudo haberse vulnerado el deber funcional según lo establecido en la Ley 734 de 2002.

Valoración de la respuesta:

Si bien es cierto que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAB – ESP, se encuentra en término para el ejercicio del respectivo Medio de Control Judicial de Repetición, no se puede desconocer la evidente desarticulación administrativa, junto a la falta de trazabilidad entre las dependencias que forman el ciclo de la ejecución del cumplimiento de una Sentencia cuando la Empresa ha sido condenada al pago de sumas de dinero; esto sin desconocer la normativa esgrimida en la observación de éste Ente de Control, especialmente el artículo 8 de la Ley 678 de 2001, razón por la cual los argumentos del sujeto de control ratifican la observación.

“Una Contraloría aliada con Bogotá”

Se configura la observación como Hallazgo Administrativo con presunta incidencia disciplinaria.

4. ANEXOS
CUADRO DE TIPIFICACIÓN DE HALLAZGOS

TIPO DE HALLAZGO	CANTIDAD	VALOR (En pesos)	REFERENCIACIÓN
1. ADMINISTRATIVOS	2	N. A	3.1.1.1, 3.1.1.2,
2. DISCIPLINARIOS	2	N. A	3.1.1.1, 3.1.1.2,
3. PENALES	1	N. A	3.1.1.1,
4. FISCALES	1	<u>\$1.358.843.967</u> <u>\$1.358.843.967</u>	3.1.1.1,