

Radicación: 25000234100020120071001

Demandante: William Orlando Gaona Gómez

CONTROL FISCAL – Responsabilidad fiscal / GESTIÓN FISCAL – Concepto /
RESPONSABILIDAD FISCAL – Sujetos / RESPONSABILIDAD FISCAL – Alcance de la
expresión contribuyan

[N]o sólo son sujetos de responsabilidad fiscal los servidores públicos y los particulares que de manera directa administren o manejen recursos o fondos públicos sino también quienes encontrándose bajo esa misma circunstancia por su acción u omisión hayan incidido de manera determinante en causar un daño patrimonial; consideración que se reafirma en la sentencia C-840 de 2001, a la cual hizo alusión el recurrente, [...] En ese orden de análisis, al momento de establecer la responsabilidad fiscal de los particulares, lo que importará será determinar si las funciones y/o obligaciones derivadas de su relación laboral o contractual son constitutivas o no de gestión fiscal, indistintamente de la clase de vinculación que éstos tuvieran, habida cuenta que su labor no se agota con la ejecución de unas labores o actividades específicas a su cargo, sino en el cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado que habilita su colaboración en la función administrativa, dado que, "[c]uando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador. [...]". Asimismo, si los bienes sobre los cuales se haya causado el daño patrimonial que se imputan se encontraban en su rango de acción y su conducta (acción u omisión) fue determinante para producir dicho resultado.

TRABAJADORES VINCULADOS A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES –
Categorías / TRABAJADOR EN MISIÓN / RESPONSABILIDAD FISCAL – De contratista o
trabajador en misión

[E]s importante resaltar que dicha modalidad de contratación se encuentra regulada por el artículo 74 de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990, reglamentada por el Decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006, los cuales establecen que el trabajador en misión corresponde al personal contratado por una empresa de servicios temporales (EST) y presta sus servicios en las dependencias de una tercera empresa (usuaria) para el cumplimiento de una tarea o servicio contratado por ésta última; se distingue de los trabajadores de planta en cuanto éstos desarrollan sus actividades en las propias oficinas de la EST. En relación con los vínculos jurídicos que se derivan de la relación contractual entre la EST y la empresa usuaria, esta Corporación ha precisado que se presentan las siguientes relaciones jurídicas: entre la empresa prestadora de servicios temporales y el trabajador existe un contrato laboral regido por la normativa del Código

Sustantivo del Trabajo; entre aquella y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios; y por último, "[e]ntre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre estos contrato alguno, dado que entre la EST y este se configura un contrato laboral, constituyéndose la EST en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. [...]". Ahora bien, pese a la ausencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador en misión, la primera ejerce de manera material la subordinación frente al segundo, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; de manera que dicho empleado está obligado a acatar las obligaciones contractuales derivadas del contrato que suscribió con la EST y las que para el efecto haya previsto la empresa usuaria para el cumplimiento del puesto a desempeñar. Consecuencialmente, podrá ser también sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal si tales obligaciones comportan gestión fiscal y los bienes sobre los cuales se causó el daño antijurídico se encontraban bajo su tutela

TRABAJADOR EN MISIÓN / RESPONSABILIDAD FISCAL – De contratista o trabajador en misión / RESPONSABILIDAD FISCAL – Del Director de la Unidad de Personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, y las compañías de seguros como terceros civilmente responsables, por la omisión en el cumplimiento de sus funciones al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos habían sido efectuados con antelación / CARGO DE INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE EL ACTO ADMINISTRATIVO – No configuración

Para la Sala, resulta evidente que, tanto de las obligaciones contractuales transcritas consignadas en los contratos con las empresas temporales de servicios SUMITEMP LTDA y SERVIOLA S.A., como de las derivadas del manual de funciones del cargo de Director de la Unidad de Personal que desempeñó el actor en Telecom en liquidación, a éste le correspondía controlar y verificar que se hicieran los descuentos por concepto de embargos relacionados con el personal de la empresa así como establecer las directrices de depuración de la nómina y hacer seguimiento a la liquidación y pago de las prestaciones sociales e indemnización de los funcionarios de Telecom. Además, de tener depurada las bases de datos de su área a cargo y cuidar y manejar con esmero y atención los bienes de la empresa evitando todo daño o pérdida. Lo que en suma se traducía en conocer los pagos que por concepto de embargos judiciales se hayan efectuado previamente, así como la capacidad para determinar el pago que las áreas competentes debían tramitar y efectuar en relación con las novedades del personal. En efecto, el demandante, como director de la precitada dependencia, expidió las comunicaciones internas dirigidas a la Tesorera de Telecom en liquidación, en virtud de los cuales dicha entidad efectuó el pago que constituyó el daño patrimonial

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 1 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 3 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 4 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 5 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 6 / LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 74

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00710-01

Actor: WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: No incurrió en nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse, el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante por omitir el cumplimiento de sus funciones al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos ya habían sido efectuados con antelación.

No incurrió en nulidad por falsa motivación el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante por actuar con culpa grave al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos ya habían sido efectuados con antelación

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ en contra de la sentencia proferida el 24 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El actor, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto por el artículo 138 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[1], presentó demanda[2] en contra de la Contraloría General de la República, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

"[...]

PRIMERA. Que se declare la nulidad total del Fallo con Responsabilidad Fiscal número 00027 del 28 de noviembre de 2011, por medio del cual la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA declaró fiscalmente responsable a WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ y lo condenó al pago de \$232.463.723,26.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad total del Auto número 0404 del 10 de mayo de 2012 'a través del cual se resuelve [el] recurso de reposición y se concede el de apelación interpuestos contra el Fallo de Responsabilidad Fiscal número 00027 del 28 de noviembre de 2011', auto expedido por el doctor LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO, Director de Investigaciones Fiscales de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

TERCERA. Que se declare la nulidad total del auto número 000466 del 15 de junio de 2012, 'por el cual se resuelve el recurso de apelación' expedido por la doctora CLAUDIA CRISTINA SERRANO EVERS, Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

CUARTA. Que se condene a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a restituir,

en forma inmediata, al señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ las sumas que por concepto de multas haya cancelado a esa entidad, originadas en los actos administrativos anteriores. Estas sumas deberán restituirse indexadas e incrementadas con los intereses correspondientes.

QUINTA. Que se condene en costas a la demandada.

[...]"

1.2. Normas invocadas como infringidas y concepto de violación

El demandante considera que con la expedición de las resoluciones acusadas se vulneraron los artículos 1, 3, el inciso primero y el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 610 del 15 de agosto de 2000[4].

Como cargos de violación se invocó la infracción de las normas en que debería fundarse y la falsa motivación, lo que sustentó así[5]:

1.2.1. La gestión fiscal

Sostuvo que el artículo 4 de la Ley 610 de 2000 establece que únicamente son fiscalmente responsables y pueden ser investigados como autores de detrimento patrimonial contra el Estado los funcionarios competentes para ejercer la gestión fiscal, es decir, aquellos que tengan poder decisorio sobre los fondos o bienes del Estado que estén a su disposición; añadió que, con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional C-840 del 9 de agosto de 2001[6], dicha responsabilidad sólo "[s]e predica de quienes tienen el control, el dominio jurídico del bien, la competencia asignada para disponer de él, para cederlo a cualquier título, para contratar, para invertir o consumir en dinero, etc, [...]"

El actor agregó que ninguna de las funciones que ejerció como Director de la Unidad de Personal de la liquidada Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom implicaba gestión fiscal y solamente forzando una interpretación de las mismas podía deducirse dicha circunstancia, de manera que no podía imputársele responsabilidad por los hechos investigados.

1.2.2. Culpa grave

Afirmó que, según la definición de culpa grave que prevé el artículo 63 del Código Civil, esta implica una negligencia o imprudencia o irresponsabilidad extrema a tal punto que se confunde a veces con la mala fe característica del dolo.

Aseveró que la Contraloría a través del fallo que se controvierte le endilgó que incurrió en culpa grave debido a que no verificó la autenticidad de los oficios que supuestamente provinieron de juzgados de familia ni los confrontó con las bases de datos de la extinta TELECOM, sino que se limitó a darle la instrucción a la Tesorería de consignar los valores correspondientes a los descuentos efectuados a exfuncionarios por concepto de embargos judiciales en cuentas a favor de terceros, con lo cual incumplió sus deberes como Jefe de la Unidad de Personal de la mencionada entidad.

Señaló que TELECOM tenía un prolijo y completo procedimiento para tramitar las órdenes de pago y efectuar los giros por lo que no era dable acusarlo de negligencia al no implementar unos procesos que ya estaban creados y eran eficientes.

Adicionalmente, estimó que la demandada pasó por alto que, en virtud del proceso de liquidación, la entidad manejó miles de millones de pesos, muchos de los cuales fueron pagados con la intervención de la Unidad de Personal por tratarse de sueldos, primas, indemnizaciones, cesantías, entre otros conceptos y mediante maniobras ilegales y "fraudulentas de alto calibre" desaparecieron los dineros de este proceso, por lo que no es exacto, justo, ni equitativo y tampoco se ajusta a la realidad, atribuirle esa pérdida bajo el argumento que no implementó políticas de control.

Arguyó que no existe sustento probatorio que permita afirmar que fue negligente por no implementar políticas de control sobre los procesos que llevaban a cabo en su Unidad, por cuanto considera que se encuentra acreditado que esas políticas existían y eran eficientes.

Manifestó que cuando fue contratado como Jefe de la Unidad de Personal de TELECOM en liquidación, existían en esa dependencia unas bases de datos y ni sus contenidos o su actualización se habían puesto en duda por lo que gozaban de las presunciones de autenticidad y de buena fe; por lo tanto, no podía atribuírsele culpa grave por no cuestionar los datos allí registrados y, contrario a lo aducido por la Contraloría, en el expediente obran abundantes pruebas que no fueron desvirtuadas, las cuales demuestran que la Unidad de Personal consultó las bases de datos antes de autorizar el giro de los recursos que se reprochan.

II. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

2.1. La demanda[7] correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Primera – Subsección A, magistrado de conocimiento Felipe Alirio Solarte Maya, quien por auto del 11 de febrero de 2013 la admitió[8] y fue notificada personalmente a través de correo electrónico remitido el 22 de mayo del mismo año.

2.2. Mediante escrito radicado el 5 de septiembre de 2013, la Contraloría General de la República, actuando por conducto de apoderado judicial, solicitó la nulidad de lo actuado en el proceso con fundamento en los artículos 140- 8 del Código de Procedimiento Civil y 133- 8[10] de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012[11], por considerar que el auto admisorio de la demanda había sido notificado indebidamente toda vez que fue enviado a una cuenta de correo electrónico diferente a la definida por la entidad para ese propósito.

2.3. El 18 de octubre de 2013, el despacho sustanciador llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la etapa de saneamiento del proceso declaró la nulidad de lo actuado y ordenó notificar personalmente a la parte demandada así como a los demás intervinientes y correr traslado de la demanda[13].

2.4. La Contraloría General de la República, a través de apoderado judicial, mediante escrito radicado el 13 de febrero de 2014, esto es, en oportunidad, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, para lo cual expuso los siguientes argumentos[14]:

Indicó que los actos administrativos constitutivos del fallo de responsabilidad fiscal fueron expedidos con el lleno de los requisitos generales y con observancia de todas las etapas procesales, otorgándole al demandante los medios de defensa y garantías que para el efecto disponen las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, que regulan el control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal.

En cuanto al cargo de gestión fiscal, trajo a colación el concepto contenido por el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y arguyó que en el certificado expedido por la Empresa de Servicios

Temporales para la cual laboraba el actor durante la época de los hechos, se describen las funciones a su cargo que estaban en consonancia con las previstas en el Manual de Funciones de Telecom.

Afirmó que en el fallo que se cuestiona se dilucidó ampliamente que el demandante ostentaba la calidad de gestor fiscal y para ello se tomaron los elementos jurisprudenciales de la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001[15]; transcribió varios apartes del fallo de responsabilidad fiscal para concluir que el actor incurrió en omisiones en el ejercicio de sus funciones como Director de la Unidad de Personal de Telecom, hoy liquidada, que se convirtieron en la causa generadora del daño ocasionado al patrimonio de la entidad, máxime cuando le competía gestionar los asuntos atinentes a los procedimientos relacionados con novedades de personal, incluidos trámites de descuento, órdenes de consignación, traslados de dineros objeto de descuento, entre otros.

Expuso que es evidente que el demandante era un gestor fiscal, si bien no principal sí secundario dado que con sus funciones y coordinación se determinaba la posibilidad o no de realizar los descuentos por parte de la Tesorería de la entidad; afirmó que quedó plenamente comprobado que a pesar que el actor no tuvo injerencia directa en el manejo del recurso económico, con su conducta negligente y omisiva contribuyó sustancialmente a que el dinero de los "supuestos embargos" se perdiera.

Respecto al cargo de culpa grave, hizo alusión a la definición que sobre el mismo trata el inciso primero del artículo 63 del Código Civil y precisó que ésta se presenta cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico, o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio que hayan derivado en la afectación del patrimonio público; arguyó que es evidente que la omisión del demandante fue el factor determinante para que se generara el detrimento patrimonial de la extinta Telecom.

Concluyó que el proceso de responsabilidad fiscal se llevó a cabo bajo los lineamientos de la Ley 610 de 2000, que su actuación estuvo enmarcada dentro de las normas de control fiscal que la facultan para establecer hechos donde aparezcan comprometidos o mermado el patrimonio estatal así como imponer sanciones pecuniarias, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva.

Finalmente propuso las excepciones de "inexistencia del derecho pretendido", por considerar que el proceso se llevó a cabo con observancia de los postulados constitucionales y legales que rigen la materia, y la de "inepta demanda", por considerar que el actor se limitó a traer a colación los argumentos que expuso en el proceso [fiscal] y las causales de nulidad de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sin se hayan analizado en el caso concreto.

2.5. De las excepciones planteadas por el apoderado de la entidad demandada no hubo pronunciamiento, según consta en la certificación secretarial del 11 de marzo de 2013[16].

2.6. El 10 de junio de 2014, el despacho sustanciador llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual declaró no probada la excepción de inepta demanda; fijó el litigio[17]; indagó la posibilidad de conciliación la cual se declaró fallida ante la falta de ánimo conciliatorio; abrió a pruebas el proceso; consideró innecesario realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento y corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera el concepto, respectivamente[18], los cuales fueron

presentados en oportunidad.

III. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sección Primera – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 24 de julio de 2014, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, con fundamento en lo siguiente[19]:

Frente al cargo de infracción de normas en que debía fundarse, analizó las alegaciones relacionadas con la gestión fiscal y señaló que la Dirección de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Cundinamarca (sic), determinó que el actor para la época de los hechos se desempeñó en el cargo de Director de la Unidad de Personal de Telecom (liquidada), según se colige de las certificaciones expedidas por la Directora de Relaciones Laborales de Suministramos Recursos Humanos Temporales - SUMITEMP LTDA y la Gerente de Recursos Humanos de Serviola S.A., en razón al contrato de trabajo de obra o labor determinada del 1 de febrero de 2005 y del contrato individual de trabajo en misión de obra del 16 de agosto del mismo año.

Sostuvo que de acuerdo con las obligaciones contenidas en dichos contratos, al actor le correspondía desarrollar sus labores acorde con lo previsto por las normas y reglamentos establecidos por Telecom; lo que equivale a dar por sentado que le competía acatar las funciones atribuidas al cargo que desempeñaba conforme al manual adoptado por la suprimida entidad mediante circular nro. PF-000017, lo que sirvió para que el fallo de responsabilidad fiscal le otorgara el carácter de gestor fiscal.

Estimó pertinente establecer si el demandante podía ser considerado como gestor fiscal y para el efecto explicó:

Que, conforme con lo señalado por los artículos 71 y 72 de la Ley 50 de 1990, el objeto de las empresas de servicios temporales es la contratación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades; precisó que los trabajadores de planta vinculados a dichas empresas desarrollan sus actividades dentro de sus dependencias, mientras que los trabajadores en misión lo hacían en las de sus usuarios para cumplir la tarea o servicio contratado, circunstancia en la que se encontraba el demandante quien fue remitido en misión a Telecom en liquidación para ejercer el cargo de Director de la Unidad de Personal, en razón del contrato de obra o labor determinada del 1 de febrero de 2005.

Manifestó que dentro de las obligaciones a su cargo estaba la prevista en el literal f) de la Cláusula Primera consistente en: "[A]catar los reglamentos de la Empresa USUARIA y de la EMPLEADORA. [...]"; asimismo, en el contrato individual de trabajo en misión celebrado el 16 de agosto de 2005 se describía como función del trabajador la establecida en el numeral 1º: "[p]oner al servicio de la empresa beneficiaria de su trabajo toda su capacidad normal de trabajo, en el desempeño de las funciones propias arriba mencionadas, así como en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le impartan. [...]".

Resaltó que, conforme con la certificación expedida por el empleador, éste debía cumplir las funciones de "[d]efinir e implementar políticas y procedimientos tendientes al cumplimiento de sus objetivos y las metas propuestas para la unidad de personal [...]", así como, "[c]ontrolar y verificar que se realicen todos los descuentos por concepto de embargos, libranzas, cooperativas, fondos, etc., a las personas acogidas al plan de pensión anticipada [...]".

Aseveró con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[20], que las obligaciones del trabajador en misión se derivan del acto de delegación o de representación de las empresas de servicios temporales, es decir, que deben atender las funciones propias del cargo que ocupan que para el presente asunto eran las de Director de la Unidad de Personal; precisó que la calidad con la que actuó el demandante frente a Telecom era de un particular.

Precisó que Telecom en liquidación transfirió de manera transitoria funciones administrativas al demandante – trabajador en misión- para que el mismo desarrollara las actividades propias del cargo encomendado, esto es, de Director de la Unidad de Personal; de forma que, al ser titular de funciones públicas y asumir esta clase de responsabilidades, podía ser sujeto de control fiscal, conforme con lo previsto por el artículo 2 de la Ley 42 de 1993; concluyendo que bajo tales consideraciones se convertía en gestor fiscal y por ende, sujeto de responsabilidad fiscal si con ocasión de sus acciones u omisiones generaba un daño al patrimonio público, como lo disponen los artículos 1 y 4 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, con fundamento en el artículo 3 ibídem y en la sentencia de la Corte Constitucional C-529 del 11 de noviembre de 1993[21], indicó que las funciones atribuidas al actor no se podían limitar a la relación contenida en la demanda que corresponden a la certificación expedida por la Empresa de Servicios Temporales SERVIOLA sino de manera complementaria a las establecidas en la Circular PF-000017 del 30 de noviembre de 2004, versión 2.0, que son las señaladas en el Manual de Funciones del Director de la Unidad de Personal y al momento de analizar la conducta infringida, el ente de control demandado se concretó en los numerales 1, 3, 10 y 14, de dicho estatuto.

Estimó que al demandante le correspondían las funciones de control y verificación de los descuentos por concepto de embargos, gestión que fue reprochada en el fallo fiscal que se acusa, por lo que concluyó que el concepto de la gestión fiscal no puede circunscribirse al manejo de bienes públicos sino que debe entenderse en un concepto más amplio y desde sus diversas etapas.

Arguyó que en el presente asunto, si bien el actor no tenía titularidad para decidir de manera directa sobre la administración de recursos públicos, si incidió de manera directa sobre las decisiones que la administración tomó para el pago de los embargos durante la vigencia 2005, los cuales ya habían sido debitados de la liquidación de los ex funcionarios de Telecom durante la vigencia 2003, como lo expresó el fallo de responsabilidad fiscal cuestionado.

En consecuencia, desestimó este cargo de violación.

En cuanto a la falsa motivación de los actos enjuiciados, el Tribunal estudió el cargo esgrimido por el actor en la demanda titulado como "culpa grave", así:

Arguyó que la sentencia de la Corte Constitucional C-619 de 2002 declaró inexecutable el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2002 que el demandante consideró como infringido, así como la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la norma ejusdem y para endilgar la responsabilidad fiscal debe determinarse que quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales, ha causado con su conducta dolosa o culpable un daño fiscal y el concepto de culpa a partir de la definición contenida por el artículo 63 del Código Civil; igualmente, hizo alusión a la sentencia SU-620 de 1996 que estableció las principales características del proceso de responsabilidad fiscal.

Concluyó que la determinación de culpa grave endilgada al actor en el fallo de responsabilidad

fiscal obedeció a su negligencia por omitir de manera inexcusable sus funciones y afectar el patrimonio público.

Del material probatorio obrante en el expediente, destacó:

- De los oficios fechados el 31 de julio de 2003, que se terminaron unos contratos de trabajo por supresión de los cargos en cumplimiento de lo establecido por el Decreto 1615 del 12 de junio de 2003 y los artículos 1 y 2 del Decreto 2062 de 2003, que modificó la planta de personal.

- De las certificaciones PAR 797-09 Y 798-09 del 10 de julio de 2009 y PAR 866-09 del 24 de julio de 2009, expedidas por la Coordinación de Tercerización de la Unidad de Personal del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR, que se consignaron dineros de Telecom en liquidación para cancelar las medidas de embargo según oficios remitidos a la entidad durante la vigencia 2005, encontrando que dichas sumas ya habían sido debitadas de las liquidaciones de prestaciones de los respectivos ex funcionarios en el año 2003.

- Del informe de Control Interno del resultado de la evaluación adelantada a los pagos efectuados por Telecom en liquidación, desde una cuenta de BBVA a través de los ACH a cuentas del banco Colmena por el periodo comprendido entre el 20 de agosto y el 13 de septiembre de 2005, adujo que en el mes de diciembre de 2004 se le puso de presente a la Jefatura de la Unidad de Personal la falta de documentación de los procesos que adelanta esa dependencia y la existencia de registros de descuentos por embargos que se efectuaron en julio de 2003 los cuales no habían sido consignados a esa fecha, recomendando adelantar la gestión de depuración de la información.

- En cuanto al Oficio 07-0092 del 30 de enero de 2007 suscrito por la Gerencia del Patrimonio Autónomo de Remanentes-PAR, señaló que, pese a que no existía un acto administrativo que reglamentara el procedimiento de embargos durante el año 2005, en dicho escrito se describió el procedimiento de carácter informal adelantado en su momento y "[s]obre el cual se tiene que la base de datos a cargo de la Unidad de Personal contenía los pagos sobre los cuales no se tenía certeza sobre la información y que debía actualizarse. [...]".

Agregó que la actividad que dio origen a los pagos de los embargos y el control de la información contenida en la base de datos durante la vigencia 2005, correspondió a la Unidad de Personal en cabeza de su director, quien debió tomar las medidas necesarias para verificar dicha información así como soportar los pagos, por lo que señaló que si se hubiese realizado dicha revisión en su momento, no se hubiese ordenado el pago que generó un detrimento patrimonial.

- Destacó que del Oficio 08-836 del 3 de octubre de 2008, así como de los testimonios rendidos por los señores Eduardo Gabriel Bolívar Meza, Alberto Hoyos Arguello, Julia Elvia Guerrero de Arciniegas, Claudia Patricia Peña Fonseca, suscrito por el Gerente del PAR, se colegía que la gestión adelantada por la Unidad de Personal de Telecom al momento de recibir los oficios se concretó en la verificación de la información de la base de datos a su cargo.

Con base en lo anterior, concluyó que la gestión del actor solamente incluyó la revisión de la base de datos y no hizo el cotejo de la información ni su comprobación frente a los oficios presuntamente dirigidos por diversos despachos judiciales.

Aseveró que la gestión la realizó con posterioridad a las órdenes de pago y a su giro, según se tiene de los oficios enviados a los despachos judiciales, así: UR 140018596-05 del 25 de octubre al Juzgado Tercero de Familia de Ibagué; UR- 1400 del 10 de octubre al Juzgado Segundo del

Circuito de Familia de Montería; UR- 1400 17 del 10 de octubre al Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta; UR- 1400 del 11 de octubre a los Juzgados Primero de Familia de Neiva y Segundo de Familia de Manizales, todos del año 2005.

Concluyó que, tal como lo expresó el fallo acusado, la conducta del actor se encuadró en "culpa grave por negligencia", en razón a la omisión de sus deberes atribuidos en el Manual de Funciones, y por tanto, negó la prosperidad del cargo.

En cuanto a las decisiones que resolvieron los recursos de reposición y de apelación promovidos en contra del fallo de responsabilidad fiscal cuestionado, señaló que solo reiteraban el contenido de la decisión inicial.

Por las razones anotadas negó las pretensiones de la demanda.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido por el a quo, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación y como sustento del mismo manifestó lo siguiente[22]:

En cuanto al cargo de la culpa grave, señaló que en la Tesorería de Telecom estaba disponible una cantidad indeterminada de dinero correspondiente a descuentos que por concepto de embargos se habían efectuado en el pasado a antiguos funcionarios de la empresa, los cuales no habían sido girados ni entregados a nadie dado que los juzgados que decretaron las medidas cautelares no informaron el destino que debía dárseles; en consecuencia, las falsas órdenes judiciales que se usaron para ejecutar el fraude tuvieron tal propósito; por lo tanto, no era el área de personal la encargada de verificar si el dinero se había girado sino que le correspondía a las áreas Financiera y Tesorería.

Sostuvo que las bases de datos empleadas por la Oficina de Personal no estaban equivocadas dado que los nombres e identidades de las personas que usaron para "consumar la estafa" eran reales, puesto que efectivamente trabajaron para Telecom, por lo que si se hubiesen depurado el resultado hubiese sido el mismo, teniendo en cuenta que la defraudación se consumó en las áreas "[A]dministrativa, Financiera y en la Tesorería, que fue donde se ordenó y realizó el giro de los dineros robados [...]".

Respecto del cargo de la gestión fiscal consideró que, pese a que la Contraloría General de la República reconoció que el actor no ejerció una función fiscal, dedujo una supuesta "función indirecta" que calificó de etéreas, las cuales no existen en la ley y constituyen una evidente y flagrante violación al debido proceso en su variante del principio de legalidad, toda vez que se le imputó una responsabilidad que no ha sido definida ni establecida en la norma.

Afirmó que la Contraloría coligió un nexo causal de una premisa falsa teniendo en cuenta que el demandante no tenía poder de disposición sobre los recursos de la entidad, ni material, ni jurídica, puesto que se limitaba a verificar en las bases de datos si los embargos se habían efectuado y con base en dicha información, daba el visto bueno a las cuentas para que continuaran su trámite en la Dirección Administrativa y Financiera, que contaba además con el aval previo del abogado encargado de ese tipo de medidas cautelares.

Finalmente, afirmó que la Contraloría General de la República dedujo el nexo causal en una falsa premisa, según la cual, su actuación fue determinante para la producción del daño patrimonial del Estado al ordenar el giro de los mencionados recursos; destacó que como Jefe de Personal de

Telecom no tenía poder de disposición sobre los recursos de la entidad dado que se limitaba a verificar en las bases de datos si los embargos se habían efectuado y con base en dicha información daba su visto bueno a las cuentas para que continuara su trámite en la Dirección Administrativa y Financiera, con el previo aval del abogado encargado de los embargos y por tanto considera que no existió el referido elemento de causalidad.

El recurso fue concedido por auto del 1 de septiembre de 2014[23].

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. El recurso de apelación fue asignado mediante Acta Individual de Reparto del 20 de febrero de 2015[24] y admitido en proveído del 7 de abril[25] del mismo año, mientras que se corrió traslado para alegar de conclusión por auto del 26 de mayo de 2015.

5.1.1. El recurrente presentó escrito describiendo el traslado, en oportunidad, en el que reiteró los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación[27].

5.1.2. Por su parte, el apoderado de la Contraloría General de la República en su escrito radicado en tiempo, además de reiterar lo expuesto en sus intervenciones en la primera instancia, señaló[28]:

En cuanto la infracción de las normas en que debía fundarse, que si bien el demandante no tenía injerencia directa en el manejo de recursos económicos con su conducta negligente y omisiva contribuyó sustancialmente a que el dinero de los supuestos embargos se perdieran de la entidad liquidada; agregó que incurrió en violación de reglamentos legales y administrativos que lo hacen responsable fiscal.

Aseveró que por el hecho de carecer de funciones relacionadas con la disposición de bienes no se puede predicar que no hay gestión fiscal y como sustento citó un extracto de la sentencia proferida por esta Sala el 26 de agosto de 2004, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente con radicado nro. 05001 23 31 000 1997 02093 01.

Respecto a la falsa motivación, luego de hacer alusión al fallo del Tribunal que en esta instancia se discute, afirmó que en el proceso de responsabilidad fiscal existen pruebas suficientes para demostrar el daño patrimonial, el cual podría haberse evitado si la depuración de las bases de datos se hubiera realizado antes de efectuarse los pagos, como también lo indicó la Oficina de Control Interno a la dependencia que dirigía el actor y en donde hubiera concluido que los descuentos se habían hecho en el 2003.

5.1.3. El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 150 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012, y 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019[29] expedido por la Sala Plena de la Corporación, esta Sección es competente para conocer de la presente demanda.

6.2. Hechos probados

En el proceso se encuentra acreditado lo siguiente:

6.2.1. El señor William Orlando Gaona Gómez estuvo vinculado con la empresa Suministramos Recursos Humanos Temporales – Sumitemp LTDA mediante "[c]ontrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada en la empresa TELECOM EN LIQUIDACIÓN, desempeñando el cargo de Director Unidad de Personal, desde el 1 de febrero de 2005 hasta el 15 de agosto de 2005. [...]"[30] y con la empresa SERVIOLA S.A., desde el 16 de agosto hasta el 12 de octubre de 2005, bajo la misma modalidad contractual y cargo ya descrito.

6.2.2. Por auto nro. 01024 del 9 de noviembre de 2010, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República le imputó responsabilidad fiscal al señor William Orlando Gaona Gómez, en condición de Director de la Unidad de Personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - Telecom liquidada para la época de los hechos constitutivos del daño; asimismo, extendió los efectos de la providencia a las compañías vinculadas como terceros civilmente responsables: La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Mapfre Seguros Generales de Colombia.

Los hechos en los que se fundamentó tuvieron origen en el hallazgo fiscal encontrado durante la auditoria gubernamental con enfoque integral modalidad abreviada en la empresa Telecom en liquidación, que pagó de manera indebida "[e]n el año 2005, la suma de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y OCHO PESOS (\$179.375.048) a diferentes exfuncionarios de la entidad por concepto de cancelación de 5 embargos judiciales, que previamente ya habían sido pagados en el año 2003, ordenados por los juzgados Primero, Segundo y Tercero de Familia de las ciudades de Ibagué, Montería, Cúcuta, Neiva y Manizales; pago con el que se originó un daño patrimonial por cuanto se realizaron unos abonos indebidos, con oficios que se presumían provenientes de los diferentes juzgados de familia. [...]"

6.2.3. A través del Fallo con responsabilidad fiscal nro. 00027 del 28 de noviembre de 2011, proferido por el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, se dispuso[32]:

"[...] PRIMERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, conforme lo previene el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 y en consecuencia declarar fiscalmente responsable al señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ, identificado con (...), en su condición para la época de los hechos de Director de Personal de la entonces EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES "TELECOM S.A." - EN LIQUIDACIÓN, quien deberá responder por la suma indexada de DOSCIENTOS TREINTA DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON 26/100 (\$232'463.723,26) [...]"

6.2.4. Mediante Auto nro. 0404 del 10 de mayo de 2012, la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la anterior decisión[33].

6.2.5. Por Auto nro. 000466 del 15 de junio de 2012, la Contralora Delegada de Investigaciones,

Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República desató el recurso de apelación interpuesto y allí dispuso:

"[...] ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 00027 del 29 de noviembre de 2011, proferido por la Dirección de Investigaciones Fiscales, dentro del proceso No. 6-011-08, en contra del señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ, identificado (...) en calidad de Director de la Unidad de Personal de la entonces Empresa Nacional de Telecomunicaciones 'TELECOM S.A.' en Liquidación y de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en calidad de Tercero Civilmente Responsable, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. [...]"

6.3. Análisis de la Sala

La Sala, para estudiar los argumentos expuestos por el extremo recurrente, abordará el estudio de los siguientes problemas jurídicos en el mismo orden en que fueron estudiados por el a quo:

6.3.1. Infracción de normas en que debía fundarse

¿Es nulo por infringir las normas en que debía fundarse, el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante bajo la consideración de omitir el cumplimiento de sus funciones al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos habían sido efectuados con antelación?

Para resolverlo, conviene traer a colación algunas de las disposiciones que regulan el ejercicio del control fiscal reguladas por la Ley 610 de 2000, así:

(i) El artículo 1 define el proceso de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

"[...] ARTICULO 1. DEFINICION. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. [...]"[34]

(ii) Por su parte, el artículo 3 de la norma ejusdem previó que la gestión fiscal es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado "[q]ue manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. [...]"

(iii) A su vez, el artículo 4 ibídem dispone cuál es el objeto de la responsabilidad fiscal y se trata del resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, derivada de conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria; y que para determinarla, se deberá tener en cuenta en cada caso el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

(iv) A su turno, el artículo 5 señala los elementos que deben concurrir para acreditar la existencia de la responsabilidad fiscal, a saber: -) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona

que realiza gestión fiscal; -) un daño patrimonial causado al Estado y -) el nexo causal entre los dos elementos anteriores.

En cuanto a los presupuestos que deben estar reunidos, esta Sección ha dicho[35]:

"[D]e lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: i) **elemento objetivo**, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) **elemento subjetivo**, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) **elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal. [...]" (Negrita de la providencia)

(v) Respecto al daño patrimonial, el artículo 6 precisa que debe tratarse de una lesión al patrimonio público que se representa en el menoscabo, disminución, 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; este puede provenir de la 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.

En tal sentido, no sólo son sujetos de responsabilidad fiscal los servidores públicos y los particulares que de manera directa administren o manejen recursos o fondos públicos sino también quienes encontrándose bajo esa misma circunstancia por su acción u omisión hayan incidido de manera determinante en causar un daño patrimonial; consideración que se reafirma en la sentencia C-840 de 2001, a la cual hizo alusión el recurrente, en donde la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de la expresión "contribuyan", precisó:

"[...] En efecto, el talante descriptivo de la norma censurada no provoca duda alguna en cuanto al fin primordial de su contenido: definir el daño patrimonial al Estado. Aclarando que dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen una lesión a los bienes o recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización. Se trata entonces de una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Donde además, no se hace referencia alguna a las autoridades competentes para conocer y decidir sobre las responsabilidades que puedan dimanar de unas tales conductas.

(...)

La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. **Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución.** En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

Y la Sala reitera: **la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su**

disposición. Advirtiéndole que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. **Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.** [...]" (Se resalta)

En ese orden de análisis, al momento de establecer la responsabilidad fiscal de los particulares, lo que importará será determinar si las funciones y/o obligaciones derivadas de su relación laboral o contractual son constitutivas o no de gestión fiscal[36], indistintamente de la clase de vinculación que éstos tuvieren, habida cuenta que su labor no se agota con la ejecución de unas labores o actividades específicas a su cargo, sino en el cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado que habilita su colaboración en la función administrativa, dado que, "[c]uando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador. [...]"

Asimismo, si los bienes sobre los cuales se haya causado el daño patrimonial que se imputan se encontraban en su rango de acción y su conducta (acción u omisión) fue determinante para producir dicho resultado.

En este punto, también resulta ilustrativo transcribir los siguientes apartes de la precitada sentencia C-840 de 2001 en donde la Corte Constitucional, al estudiar la naturaleza y el sentido de la gestión fiscal de que trata el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, afirmó:

"[...] Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, **los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.**

(...)

Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. **Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares**[38],

sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares.

Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata. [...]" (Se destaca)

Amén de lo señalado, de los contratos y certificaciones arrimados al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

- El señor William Orlando Gaona Gómez suscribió un contrato de obra o labor determinada con la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales – SUMITEMP LTDA., desde el 1 de febrero hasta el 15 de agosto de 2005, para desempeñar en misión el cargo de Director de la Unidad de Personal en Telecom – en liquidación.

Según se lee del contenido del contrato, su motivación se origina en "[C]OLABORAR TEMPORALMENTE EN EL DESARROLLO Y CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES ESTABLECIDAS PARA LA LIQUIDACIÓN DE TELECOM, LICITACIÓN PÚBLICA NO. 012 DE 2004. SEGÚN ADICIONAL NUMERO 1 CONTRATO No. 035-2004. [...]"[39] (Mayúscula del texto)

- Luego, suscribió un contrato de trabajo bajo la misma modalidad que el anterior, con la sociedad Serviola S. A. y desempeñó en misión el cargo de Director de la Unidad de Personal de Telecom en liquidación entre el 16 de agosto de 2005 hasta el 12 de octubre del mismo año, como lo certificó el gerente de recursos humanos[40].

Al respecto, es importante resaltar que dicha modalidad de contratación se encuentra regulada por el artículo 74 de la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990[41], reglamentada por el Decreto 4369 del 4 de diciembre de 2006[42], los cuales establecen que el trabajador en misión corresponde al personal contratado por una empresa de servicios temporales (EST)[43] y presta sus servicios en las dependencias de una tercera empresa (usuaria) para el cumplimiento de una tarea o servicio contratado por ésta última; se distingue de los trabajadores de planta en cuanto éstos desarrollan sus actividades en las propias oficinas de la EST.

En relación con los vínculos jurídicos que se derivan de la relación contractual entre la EST y la empresa usuaria, esta Corporación ha precisado que se presentan las siguientes relaciones jurídicas: entre la empresa prestadora de servicios temporales y el trabajador existe un contrato laboral regido por la normativa del Código Sustantivo del Trabajo; entre aquella y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios; y por último, "[e]ntre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre estos contrato alguno, dado que entre la EST y este se configura un contrato laboral, constituyéndose la EST en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. [...]"[45].

Ahora bien, pese a la ausencia de relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador en misión, la primera ejerce de manera material la subordinación frente al segundo, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[46]; de manera que dicho empleado está obligado a acatar las obligaciones contractuales derivadas del contrato que suscribió con la EST y las que para el efecto haya previsto la empresa usuaria para el cumplimiento del puesto a

desempeñar.

Consecuencialmente, podrá ser también sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal si tales obligaciones comportan gestión fiscal y los bienes sobre los cuales se causó el daño antijurídico se encontraban bajo su tutela, como se explicó en líneas atrás.

Para ello téngase en cuenta que aunque el recurrente laboró primero para la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales – SUMITEMP LTDA., esto es, desde el 1 de febrero hasta el 15 de agosto de 2005 y posteriormente con la sociedad Serviola S. A., esto es, entre el 16 de agosto de 2005 hasta el 12 de octubre del mismo año, en ambos casos desempeñó en misión el cargo de Director de la Unidad de Personal de Telecom en liquidación.

En esa medida, corresponde a la Sala determinar si las funciones a las cuales estaba obligado el actor tenían la virtualidad de connotar la responsabilidad fiscal endilgada:

- La cláusula primera del contrato suscrito por el actor con la sociedad SUMITEMP LTDA., establecía como obligaciones a su cargo[47]:

"[...] el TRABAJADOR ingresa al servicio de la EMPLEADORA como TRABAJADOR EN MISIÓN, comprometiendo en favor de la misma su capacidad de trabajo eficiente y necesaria para desempeñar el oficio anteriormente determinado, y en las labores anexas y complementarias del mismo de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta aquella, la USUARIA o sus representantes obligándose en forma especial a: **a) Cumplir el contrato de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones que la EMPLEADORA le señale y de acuerdo con los horarios que le fije la USUARIA conforme a las necesidades del servicio; (...) e) Cuidar y manejar con esmero y atención las máquinas, herramientas, utensilios, materias primas, productos en proceso o terminados, instalaciones y demás bienes del establecimiento donde presten sus servicios y evitar todo daño o pérdida que cause perjuicios a la persona natural o jurídica USUARIA; f) Acatar los reglamentos de la Empresa USUARIA y de la EMPLEADORA; (...)** [...]" (Mayúscula del texto y negrita de la Sala)

- A su turno, de las funciones descritas por la gerente de recursos humanos de la Sociedad Serviola S.A., se encuentran las siguientes a cargo del demandante[48]:

"[...] 1. Definir e implementar políticas y procedimientos tendientes al cumplimiento de los objetivos y metas propuestas para la unidad de personal.

2. Controlar y verificar que se realicen todos los descuentos por concepto de embargos, libranzas, cooperativas, fondos, etc, a las personas acogidas en el plan de pensión anticipada.

(...)

4. Coordinar la elaboración de la nómina y mantener el control de las novedades de personal de plan de pensión anticipada.

5. Hacer la liquidación, gestión para el pago de las cesantías, prestaciones sociales, e indemnización de los exfuncionarios de las extintas Telecom en liquidación y Teleasociados en liquidación.

(...)

13. Las demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente de acuerdo con el área de desempeño. [...]" (Se resalta)

- Asimismo, del Manual de Funciones del Director de la Unidad de Personal de Telecom en liquidación contenido en la Circular nro. PF-000017 del 30 de noviembre de 2004, emitido por el Apoderado General de la Liquidación, se desprende que éste tenía a su cargo las siguientes[49]:

"[...] 1. Definir e implementar políticas y procedimientos tendientes al cumplimiento de los objetivos y las metas propuestas para la Unidad de Personal.

(...)

3. Establecer las directrices de depuración de la información de la nómina de pensionados de Telecom.

(...)

10. Controlar y verificar que se realicen todos los descuentos por concepto de embargos, libranzas, cooperativas, fondos, etc.

(...)

14. Hacer seguimiento a la liquidación, pago de las cesantías, prestaciones sociales e indemnización de los exfuncionarios de Telecom. [...]" (se destaca)

Para la Sala, resulta evidente que, tanto de las obligaciones contractuales transcritas consignadas en los contratos con las empresas temporales de servicios SUMITEMP LTDA y SERVIOLA S.A., como de las derivadas del manual de funciones del cargo de Director de la Unidad de Personal que desempeñó el actor en Telecom en liquidación, a éste le correspondía controlar y verificar que se hicieran los descuentos por concepto de embargos relacionados con el personal de la empresa así como establecer las directrices de depuración de la nómina y hacer seguimiento a la liquidación y pago de las prestaciones sociales e indemnización de los funcionarios de Telecom.

Además, de tener depurada las bases de datos de su área a cargo y cuidar y manejar con esmero y atención los bienes de la empresa evitando todo daño o pérdida.

Lo que en suma se traducía en conocer los pagos que por concepto de embargos judiciales se hayan efectuado previamente, así como la capacidad para determinar el pago que las áreas competentes debían tramitar y efectuar en relación con las novedades del personal.

En efecto, el demandante, como director de la precitada dependencia, expidió las comunicaciones internas dirigidas a la Tesorera de Telecom en liquidación, en virtud de los cuales dicha entidad efectuó el pago que constituyó el daño patrimonial, así[50]:

- Por memorando UR- 1400 No. 88331-05 del 20 de junio de 2005, se lee: "[L]e anexo la relación de 2 embargos de alimentos de la indemnización y de las cesantías del señor NICARDIO GARZÓN BLANDÓN identificado con cédula de ciudadanía nro. 14.225.207, por valor de \$78.723.960 (SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS M/CTE), lo anterior para ser consignado en la cuenta de ahorros No. 001500038730 de Davivienda a nombre de MARÍA DEL ROSARIO DELGADO ROBAYO identificada con cédula de ciudadanía No. 65.727.086. [...]"[51].

- En memorando UR No. 12138-05 del 10 de agosto de 2005, indicó que anexaba "[u]n listado para el giro de embargos que se deben consignar en cuentas bancarias de los descuentos efectuados a 34 funcionarios por valor total de \$35.975.918 (TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS MCTE) [...]", en el que figuraba como trabajador el señor Mario Federico Gélvez Angarita, por la suma de \$435.188 y \$19.416.600 a favor de la señora Nubia Esther Prada Sánchez[52].

- A través del memorando UR-No. 10021-05 del 12 de julio de 2005, envió un "[u]n listado para el giro de los embargos que se deben consignar en cuentas bancarias de los descuentos efectuados a 32 funcionarios por valor de \$55.208.812 (CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS MCTE) [...]", en el que relaciona al señor Luis Eduardo Pacheco Arroyo con un saldo de \$22.604.544 pagadero a favor de la señora Sabina Hoyos Guerra[53].

- Mediante memorando interno UR 1400-No. 14285-05 del 6 de septiembre de 2005 remitió "[u]n listado para el giro de embargos que se deben consignar en cuentas bancarias de los descuentos efectuados a 36 funcionarios por valor de \$73.080.546 (SETENTA Y TRES MILLONES OCHENTA MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS) [...]"[54]; dentro de los cuales se encontraban relacionados los siguientes ex trabajadores:

- José Luís Díaz Fernández por las sumas de \$2.157.542, \$35.536.031 y \$1.955.442 a favor de la señora María Doris Tamayo Bedoya.
- José Rodrigo Tovar Medina por la suma de \$19.044.494 a favor de Elizabeth González Vargas[55].

En conclusión es dable afirmar que cuando el señor William Orlando Gaona Gómez desempeñó el cargo de Director de la Unidad de Personal de Telecom en liquidación durante la vigencia 2005, estaba jurídicamente habilitado para decidir sobre la destinación de los recursos de la empresa por concepto de embargos judiciales y su actuar determinó el daño patrimonial producido al erario, según lo estableció la Contraloría General de la República en el fallo de responsabilidad fiscal nro. 00027 del 28 de noviembre de 2011.

En efecto, allí se explicó:

"[...] Ahora bien, una vez establecidas las circunstancias en las que se suscitó el daño patrimonial objeto del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° 6-011-08 de 2009, entraremos a dilucidar los demás elementos configuradores de la responsabilidad fiscal, esto es, el carácter subjetivo de la responsabilidad, la condición necesaria de realización de actos de gestión fiscal por parte del presunto responsable y la relación implícita del desempeño de las funciones y/o ejecución de sus obligaciones con dichas acciones de gestión fiscal (art 5° Ley 610 de 2000), frente de la persona que funge como presunto responsable fiscal en el caso objeto de análisis, teniendo como fundamento de imputación de responsabilidad fiscal efectuada en el auto (...).

En tal sentido, se encuentra establecido que el señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ, para la época de los hechos, se desempeñó como trabajador en misión, en el cargo de Director de la Unidad de Personal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, hoy liquidada, conforme se extrae de las certificaciones expedidas por la Directora de Relaciones Laborales de Suministramos Recursos Humanos Temporales "SUMITEMP LTDA" y la Gerente de Recursos Humanos de Serviola S.A. en virtud del contrato de trabajo por el término que dure la obra o labor determinada de 01 de febrero de 2005 y del contrato individual de trabajo de

trabajador en misión por el término que dure la obra o labor de 16 de agosto de 2005, respectivamente. – ver folios (...)–

Desprendiéndose de las obligaciones indicadas en los acuerdos contractuales suscritos, que al señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ le correspondía desarrollar sus labores de acuerdo a las normas y reglamentos establecidos por la usuaria, que para el caso correspondía a TELECOM.

Lo que equivale a dar por sentado, que al citado trabajador en misión le competía acatar las funciones atribuidas al cargo que desempeñaría conforme al manual adoptado por la suprimida entidad estatal, mediante la circular No. PF-000017, vigente desde el 30 de noviembre de 2004, - Cfr (...)– en el que se destacan frente a los hechos en cuestión, las que se enuncian a continuación.

'DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES:

'(...)'

3. Establecer las directrices para la depuración de la información de la nómina de pensionados de Telecom.

10. Controlar y verificar que se realicen todos los descuentos por concepto de embargos, libranzas, Cooperativas, Fondos, etc.

'(...)'

14. Hacer seguimiento a la liquidación, pago de las cesantías, prestaciones sociales e indemnizaciones de los exfuncionarios de Telecom...'

Sin que sobre advertir, que aunque expresamente no se registre aquella relacionada con los hechos generadores del daño que se reputa causado, ello no obsta para inferir que efectivamente se encontraban implícitas las funciones señaladas, aquellas tendientes a controlar y hacer seguimiento respecto de las órdenes, consolidación de información y efectivos pagos originados en el área a cargo, esto es, la Unida de Personal, pues no puede perderse de vista que al Director de la Unidad de Personal le correspondía establecer las directrices para la depuración de la información de la nómina de pensionados garantizando su verificación para la correcta liquidación de prestaciones sociales legales y extralegales, indemnizaciones, vacaciones, nómina, etc., al tiempo que debía controlar y verificar el procedimiento relacionado con el pago de embargos judiciales.

Afirmación ésta que encuentra asidero, no solo en el hecho de que era en la Jefatura de la Unidad de Personal de la entidad en liquidación, donde una vez se recibían las distintas solicitudes provenientes de los juzgados con sus correspondientes soportes, se generaban los trámites de descuento, órdenes de consignación, traslados de dineros objeto de descuento y consolidación de la información relacionada con los mismos, como claramente queda demostrado conforme se registra en la denuncia instaurada en la Fiscalía General de la Nación radicada el 11 de octubre de 2005 y su ampliación de fecha 28 de octubre de 2005, por el señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ – Cfr (...)– al referir frente a cada uno de los cargos que las solicitudes apócrifas fueron recibidas vía FAX en la Unidad a su cargo (...), constituyéndose éstas en el punto de inicio y de determinación de la cadena de actividades de la gestión desplegada que culminó con los giros a los que se atribuye la causación de la lesión patrimonial motivo de

análisis.

(...)

Sin embargo, como previamente se plasmara, imperioso resulta entrar a examinar si el encartado dentro de la presente actuación ostenta o no la titularidad de gestor fiscal, frente a los hechos investigados, pues no es ajeno, que el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, contempla como elemento estructural de la responsabilidad fiscal, 'la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza la gestión fiscal', entendida esta última, como atrás se enunciaba, de conformidad con el alcance con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001 con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, veamos:

(...)

Por lo anterior, es dable aseverar en relación con los hechos aquí ventilados, que si bien, la calidad de gestor fiscal directo no es predicable frente a la función realizada por el señor GAONA GÓME, no es menos cierto, que a todas luces se vislumbra que su conducta omisiva resultó determinante al producirse el daño patrimonial, pues pese a no contar con el poder decisorio o acceso efectivo a los fondos para que fueran efectuados los giros a los que se atribuye el daño, su evidente abandono al cumplimiento de las funciones encomendadas como Director de la Unidad de Personal de la Empresa de Telecomunicaciones TELECOM, hoy liquididad, dentro de las cuales se hallaban implícitas las de controlar y hacer seguimiento respecto de las órdenes libradas para el caso, en cuanto al procedimiento relacionado con el pago de descuentos de embargos judiciales, lo hacen catalogar como gestor indirecto, en tanto, actuó con ocasión de la gestión fiscal, por cuanto su indiscutible actuar trasgresor, no solo de las obligaciones derivadas del acuerdo contractual, sino de aquellas de carácter funcional asumidas al decidir desempeñar el cargo, afectó en forma directa la correcta administración del patrimonio público.

Gestión fiscal de la que fácil se desprende, resultó ser ineficiente y abiertamente antieconómica, lo que por obvias razones se tradujo en la inaplicación del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pues contrario a lo esperado se convirtió en la causa generadora que afectó al en ese entonces ente estatal en liquidación. [...]"

Conforme con lo anotado, la Sala concluye que no es nulo por infracción de las normas en que debía fundarse, el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante por omitir el cumplimiento de sus funciones al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos ya habían sido efectuados con antelación.

En consecuencia, no le asiste razón al recurrente y por tanto el cargo no está llamado a prosperar.

6.3.2. Falsa motivación

¿Incorre en nulidad por falsa motivación el fallo que declaró fiscalmente responsable al demandante por actuar con culpa grave al disponer el giro de unos embargos judiciales cuyos pagos ya habían sido efectuados con antelación?

En orden a resolver este cuestionamiento, la Sala comenzará por recordar el concepto que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación frente a esta causal de nulidad de los actos administrativos, así[56]:

"[...] 3.4.2.2. La validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los

cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; es decir, o no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho, o no hay correspondencia entre tales razones y los supuestos de derecho que se aducen para proferir el acto.

Ahora bien, debe precisarse que una cosa es la falsa motivación y otra la falta de motivación: la primera, es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo, y la segunda, es un aspecto procedimental, formal, ya que ésta es la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo. La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad; también plantea un juicio lógico de correspondencia entre la realidad constatada y la consecuencia jurídica que se pretende desprender de ella, cuando la primera resulta demostrada. De otro lado, la falta de motivación le significa un problema de valoración directa del cuerpo o contenido del acto sobre si se expresan o indican razones para su expedición, y si lo dicho es suficiente como para tenerse como motivación. [...] (Se destaca)

Igualmente ha puntualizado que, para la prosperidad de este defecto, debe demostrarse que los supuestos de hecho y de derecho que sustentan el acto administrativo no corresponden a la realidad, o que no exista pertinencia y coherencia entre tales elementos[57].

El recurrente en su alzada adujo en síntesis, en cuanto a la culpa grave, que les correspondía a las áreas de Financiera y Tesorería de la extinta Telecom verificar que se habían girado las sumas de dinero que por concepto de embargos se hicieron años atrás, toda vez que únicamente debía constatar si se habían hecho tales descuentos; asimismo, aseveró que las bases de datos utilizadas por el área de personal eran fiables dado que las personas cuyos nombres fueron utilizados para cometer el fraude existían y efectivamente trabajaron en Telecom; además agregó:

"[...] De modo que si se hubiesen depurado las bases de datos de la Oficina de Personal, el resultado hubiese sido el mismo, porque la depuración hubiera arrojado los mismos datos, que repito, eran ciertos. // Ya que la defraudación no se consumó en la Oficina de Personal, como piensa la CONTRALORÍA, sino en el área Administrativa y Financiera y en la Tesorería, que fue donde se ordenó y realizó el giro de los dineros robados. [...]"

Para desarrollar este punto, la Sala se retrotraerá a lo consignado en el fallo de responsabilidad fiscal nro. 00027 del 28 de noviembre de 2011, en donde se analizó lo siguiente frente al grado de responsabilidad del hoy recurrente:

"[...] En tal sentido, y atendiendo a que el resultado del análisis del recaudo probatorio arrojado en desarrollo de la actuación, se endereza a establecer que la conducta del citado no obedeció al acatamiento de los deberes que funcionalmente debía observar, si se tiene, que en efecto fácil es inferir que no implantó directrices para la evaluación y depuración de la información que

garantizaran la confiabilidad para la evaluación y depuración de la información que garantizaran la confiabilidad de la misma, con el fin de evitar riesgos que podrían desencadenar en pagos improcedentes como los presentados en la vigencia 2005; como tampoco propendió al interior de la dependencia a su cargo, por fijar políticas claras que permitieran el control, verificación y validación, entre otros, de los descuentos de embargos pendientes de giro detectados, o por lo menos adoptó, oficializó, o documentó los procedimientos relacionados con las actividades que implicaban la toma de decisiones que involucraban la ordenación de pagos por conceptos laborales, ni definió los criterios de seguimiento en relación con tales pagos.

Ha de afirmarse en cuanto se refiere al grado de culpabilidad bajo el cual debe ser calificada la conducta omisiva que se atribuye al presunto responsable aquí encartado, que de conformidad con la graduación de la culpa establecida en el artículo 63 del Código Civil, en concordancia con lo preceptuado por la Ley 678 de 2001, como criterio auxiliar de interpretación, que ésta se enmarca en la órbita de la CULPA GRAVE, como quedará registrado en el pronunciamiento mediante el cual se adoptó la decisión de imputar responsabilidad fiscal al señor WILLIAM ORLANDO GAONA GÓMEZ, ello en razón, a que claramente se advierte su actuar omisivo, abiertamente negligente y manifiestamente contrario a los principios que gobiernan el ejercicio de la administración pública cuyo resultado o consecuencia, trajo consigo la causación de un perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado, cuantificando en la suma no indexada de CIENTO SETENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y OCHO PESOS (\$179.375.048.00).

Aseveraciones estas soportadas, no solo en la situación fáctica presentada de la que deviene inferir que el tantas veces citado Director de la Unidad de Personal de la Empresa (...) Telecom, hoy liquidada, se limitó a suscribir las comunicaciones con destino a la Tesorería de la entidad en la que se incluía la instrucción de consignar los valores correspondientes a los descuentos efectuados a ex funcionarios de la misma por concepto de embargos judiciales en cuentas a favor de terceros, constituidas en las entidades bancarias de Davivienda y Colmena, sin desplegar acciones tendientes a verificar la información que debía encontrarse consolidada en la dependencia a su cargo o a corroborarla con el área de Tesorería o directamente en los despachos judiciales, máxime cuando claro aparece, que dichas instrucciones al contener implícitamente un mandato que implicaba para la dependencia de Tesorería su imperativo acatamiento, podía traer las consecuencias que como ocurrió resultaron adversas patrimonialmente para el ente estatal, como quiera que involucraba el giro de las sumas de dinero, lo que lo convertía a dicho trámite, en una actividad de alto riesgo.

Encuentran mayor asidero las afirmaciones precedentes, en el contenido del informe presentado con posterioridad a la ocurrencia de los hechos por la Oficina de Control Interno de TELECOM EN LIQUIDACIÓN, en el que puntualmente se señala:

'que comprendía el resultado de los pagos efectuados por TELECOM EN LIQUIDACIÓN desde la cuenta BBVA a través de ACH a cuentas del Banco Colmena por el periodo comprendido entre el 20 de agosto y el 13 de septiembre de 2005...'

(...)

'...Conforme a lo planteado en los párrafos precedentes, se infiere que los valores descontados con destino a estas personas si fueron girados en su oportunidad. En igual sentido, esta base de datos no es confiable y por tanto no es suficiente soporte para ordenar pagos de los valores que se presuman o (sic) girados. A este respecto, debo mencionar que mediante oficio AJC-1010-72

de diciembre 22 de 2004, la oficina de Control Interno de TELECOM EN LIQUIDACIÓN puso en conocimiento de la Jefatura de la Unidad de Personal un informe de evaluación a los controles en algunos procedimientos de esa Unidad. En las página (sic) 2, 5, 6, y 7 del informe, se pone de presente entre otros aspectos, la falta de documentación de los procesos que adelanta la Unidad de Personal y la existencia de registros de descuentos por embargos que se efectuaron en julio de 2003 y que no han sido consignados. De igual manera se recomienda adelantar la gestión a efectos de documentar y oficializar los procedimientos y obtener la información suficiente para la depuración de estos registros [...]"

A su vez, la Sala observa que en el Auto 000466 del 15 de junio de 2012 al desatar la apelación, señaló frente a la culpa grave:

"[...]"

De otra parte, según certificación expedida por el doctor GUILLERMO LEÓN SUÁREZ MORENO, Coordinador de Terciarización de la Unida de Personal del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR, certificó que en 'el archivo documental que reposa en las hojas de vida de los exfuncionarios GELVEZ ANGARITA MARIO FEDERICO, GARZÓN BLANDÓN NICANDRO, TOVAR MEDINA JOSÉ RODRIGO, DÍAZ FERNÁNDEZ JOSÉ LUIS, PACHECHO ARROYO LUIS EDUARDO no se encuentra soporte físico alguno que identifique los descuentos que quedaron pendientes de girar en el año 2003' (folio 484 c-3)

Así mismo, obra a folios 276 a 277 oficio signado por el doctor LUIS ALEJANDRO ACUÑA GARCÍA, Gerente del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR- calendado el 06 de noviembre de 2008, donde indicó las fechas en que quedaron a paz y salvo los siguientes ex funcionarios que se encontraban embargados y que se volvieron a pagar en el año 2005, con recursos de TELECOM:

JOSÉ RODRIGO TOVAR MEDINA, 14 de noviembre de 2003.

MARIO FEDERICO GÉLVEZ ANGARITA, 20 de octubre de 2003.

JOSÉ LUIS DÍAZ FERNÁNDEZ, 22 de octubre de 2003.

LUIS EDUARDO PACHECHO ARROYO, a partir del 26 de julio de 2003.

NICANDRO GARZÓN BLANDÓN, a partir del 26 de julio de 2003 y con posterioridad a la orden de reintegro el 2 de marzo de 2006.

Igualmente, informó que dentro de los documentos cedidos por la extinta TELECOM en liquidación al PAR, no se encontró manual o instrucción del procedimiento seguido a las órdenes de embargo; que el procedimiento que se indicó en comunicación anterior fue uno establecido por el PAR, frente a las órdenes de pago que se presentaban.

Así pues, si la Jefatura de Unidad de Personal hubiera realizado un mínimo control o verificación de la documentación que reposa en las hojas de vida de los exfuncionarios, antes de impartir la orden de giro para el para el pago de las supuestas órdenes judiciales, puesto que éstos ya se habían efectuado en el año 2003. Como se ha reiterado al Director de esa área de conformidad con el Manual de Funciones le correspondía controlar y verificar dicha información.

En consecuencia, tal como lo expone el funcionario de conocimiento la conducta del señor

GAONA GÓMEZ, fue negligente y vulneró normas y principios de orden constitucional, legal y funcional que conllevaron a que se causara un daño al patrimonio del Estado; por lo que su actuar se califica a título de culpa grave. Toda vez, que en cumplimiento a lo pactado en el contrato de trabajo por el término que durara la realización de la obra o labor determinada le correspondía ejecutar las labores encomendadas conforme a las disposiciones legales y manuales establecidos por la entidad usuaria.

[...]"

Corolario de lo señalado, la Sala no observa que las argumentaciones del recurrente se dirijan a demostrar que los supuestos de hecho y de derecho sobre los cuales se edificó el fallo de responsabilidad fiscal no correspondan a la realidad o no exista pertinencia y coherencia; así como tampoco debatió el material probatorio recaudado en el juicio fiscal y mucho menos arrimó algún elemento que desvirtuara lo allí acreditado, con lo cual desatendió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual "[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]"

Por tales razones, partiendo de la presunción que cobija los actos de la administración[58] y dado que no se logró desvirtuar la legalidad de las decisiones acusadas será confirmada la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de julio de 2014, por la Sección Primera – Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, según las razones explicadas en la parte motiva.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejero de Estado

Consejera de Estado

Presidente

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

(Ausente con excusa)

[1] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[2] Folios 1 a 13 del cuaderno principal de la primera instancia.

[3] Demanda.

[4] Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

[5] Folios 5 a 13 del cuaderno principal de la primera instancia.

[6] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[7] La demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2012 como se observa del sello de radicación visible a folio 13 del cuaderno principal de primera instancia.

[8] Folios 83 a 85 del cuaderno principal de primera instancia.

[9] Folios 89 a 96 del cuaderno principal de primera instancia.

[10] ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) // 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

[11] Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

[12] Folios 102 a 113 del cuaderno principal de primera instancia.

[13] Folios 147 a 152 obra el acta de la audiencia y a folio 146 el CD de la misma, del cuaderno principal de la primera instancia.

[14] Folios 171 a 183 del cuaderno principal de la primera instancia.

[15] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[16] Folio 189 del cuaderno principal de la primera instancia.

[17] El litigio fue fijado en los siguientes términos: "[C]orresponderá al Tribunal determinar si los actos administrativos demandados, esto es, el Fallo de Responsabilidad Fiscal nro. 00027 del 28 de noviembre de 2011, proferido por el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, y los autos números 0404 de 10 de mayo de 2012 y 000466 de 15 de junio de 2012, que resolvieron los recursos de reposición y apelación impetrados en contra de la decisión antes señalada, son nulos por estar falsamente motivados y por infringir las normas en que debían fundarse, habida cuenta que a juicio del demandante, señor William Orlando Gaona Gómez, éste no debió ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal. [...]"

[18] Folios 223 a 228 obra el acta de la audiencia y a folio 230 el CD de la misma, del cuaderno principal de la primera instancia.

[19] Folios 245 a 289 del cuaderno principal de la primera instancia.

[20] En cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 9435 del 24 de abril

de 1997, M.P. Francisco Escobar Henríquez.

[21] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[22] Folios 294 a 304 del cuaderno principal de la primera instancia.

[23] Folio 306 y 307 del cuaderno principal de la primera instancia.

[24] Folio 2 del cuaderno principal de segunda instancia.

[25] Folio 4 del cuaderno principal de segunda instancia.

[26] Folio 8 del cuaderno principal de segunda instancia.

[27] Folios 11 a 23 del cuaderno principal de segunda instancia.

[28] Folios 24 a 32 del cuaderno principal de segunda instancia.

[29] Que compiló y actualizó el Reglamento del Consejo de Estado.

[30] A folio 405 del Anexo nro. 9, obra certificación laboral expedida por la Directora de Relaciones Laborales de Sumitemp, del 7 de julio de 2009 y a folios 406 a 410 se encuentra copia del citado contrato.

[31] A folio 416 obra certificado suscrito por la Gerente de Recursos Humanos de la empresa SERVIOLA de fecha 24 de junio de 2009.

[32] Folios 1.086 a 1.119 del anexo 12.

[33] Folios 1.155 a 1.163 del anexo 12.

[34] Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, "bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal".

[35] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado nro. 17001-23-31-000-2010-00313-01.

[36] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de mayo de 2016, C.P. María Elizabeth García González, radicado nro. 68001233300020130102401. En aquella oportunidad la Corporación afirmó: "[...] Para establecer la responsabilidad fiscal, se requiere examinar si la conducta comporta gestión fiscal o guarda alguna relación de conexidad con ésta. // La responsabilidad fiscal se deduce por la afectación del patrimonio público, tanto en forma dolosa como culposa, en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos y particulares, que manejen o administren bienes y recursos del Estado. // Vale la pena puntualizar, que la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio. [...]"

[37] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de marzo de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, radicado nro. 24833.

[38] En cita de la providencia: Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94).

[39] A folios 404 y 405 a 407 del anexo 6 está el certificado expedido por la Directora de Relaciones Laborales de la Sociedad Sumitemp y el contrato de obra o labor determinada en misión suscrito entre esta última y el demandante, respectivamente.

[40] A folios 1026 y 1027 del anexo 6 se encuentra el certificado expedido por la Gerente de Recursos Humanos de la sociedad Serviola S.A.

[41] Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[42] Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.

[43] El artículo 71 de la Ley 50 de 1990, define la empresa de servicios temporales como: "[a]quella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. [...]"

[44] El artículo 74 de la Ley 50 de 1990, prevé: "[L]os trabajadores vinculados a las empresa de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. // Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. // Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos. [...]"

[45] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, sentencia del 11 de mayo de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado nro. 66001-23-33-000-2013-00214-01(3963-14).

[46] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 15 de agosto de 2018, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, radicación nro. 69399, en la cual afirmó: "[S]on pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, **los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.** [...]" (Se destaca)

[47] folios 404 y 405 a 407 del anexo 6, ídem.

[48] A folios 1026 y 1027 del anexo 6 ídem.

[49] Folios 20 a 22 del anexo 7.

[50] Los nombres que se subrayaron corresponden a los exfuncionarios de la extinta Telecom.

[51] Folios 87 y 88 del anexo 7.

[52] Folios 101 a 104 anexo 7.

[53] Folios 83 y 84 del anexo 7.

[54] Folios 52 a 60 del anexo 7.

[55] Folios 53 del anexo 7.

[56] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de agosto de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. número: 11001 0324 000 2008 00388 00, acumulado 11001 0324 000 2008 00173 000.

[57] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicado nro. 11001032400020140023100.

[58] Conforme lo ha expuesto esta Corporación, "(...) si con sujeción al principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad. (...) Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad. (...)". Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de mayo de 2015. Expediente Radicación número: 76001-23-31-000-2001-00145-01(35625). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)



logo