

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 021 DE 2021

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 033-2015

Medellín, ocho (8) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Decisión consultada:	Auto 076 del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021)
Entidad afectada:	Secretaría de Educación-Municipio de Medellín.
Hecho (s) Investigado (s):	<p>Pagos realizados al docente Mario Javier Gómez Ochoa, sin justificación, pues según el hallazgo fiscal y la imputación, existió ausentismo laboral por parte del docente, entre agosto de 2014 y mayo de 2015, y sin embargo la investigada omitió gestionar la suspensión o descuento de salarios.</p> <p>Es de observar que los pagos se realizaron antes de haberse proferido el acto administrativo que declarara el abandono de cargo y la vacancia del empleo, así como las órdenes de descuento de salarios.</p>
Cuantía Total del daño:	\$46.985.516
Presunto(s) responsable(s):	YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS-Directora Técnica de Talento Humano, Secretaría de Educación - Municipio de Medellín.
Decisión Primera Instancia:	FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL POR FALTA DE CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL.
Procedimiento:	Ordinario de Única Instancia
Decisión en grado de consulta:	CONFIRMA
Garante:	Axa Colpatria Seguros, Generali de Colombia Seguros, La previsora, Allianz Seguros S.A, Mafre Seguros.

I. OBJETO DEL GRADO DE CONSULTA

La Contralora General de Medellín, en ejercicio de las facultades prescritas en las leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, y 1474 de 2011, el Decreto Ley 403 de 2020, el Acuerdo Municipal N° 087 de 2018, y la Resolución N° 150 de 2021 (Manual específico de Funciones y competencias laborales), procede a resolver en **grado de consulta** la decisión contenida en el Auto 076 del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción

Coactiva, falló sin responsabilidad fiscal a favor de la vinculada y de las compañías de seguros. Fl. 1077.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. HECHOS OBJETO DEL PROCESO

Mediante memorando 047729-201500006913 del 24 de junio de 2015, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación, remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva un hallazgo con presunta incidencia fiscal, con fundamento en una denuncia ciudadana (Roselly Blandón) del 12 de mayo de 2015. Fls. 2, 5.

Según el formato de hallazgos fiscales, existe un presunto detrimento patrimonial, dado que se le hicieron pagos al docente Mario Javier Gómez Ochoa, desde agosto de 2014 al mes de mayo de 2015, sin haberse presentado a laborar a la Institución Educativa asignada, es decir sin justificación dado el ausentismo laboral.

Es de observar sólo hasta el 12 de agosto de 2015 mediante Resolución 010009 declaró el abandono de cargo. Fl. 487.

Igualmente mediante Res. 09118 de 2014 la Secretaría de Educación *“le reconoció la condición de amenazado y se le otorgó comisión de servicios para que se desempeñara como Docente en otra Institución....”* No obstante el docente se ha negado a la aceptación de tal estatus. Fl. 9, 962.

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto de Apertura Auto 046 del 4 de febrero de 2016, se identificó como presunto responsable a YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS- Directora Técnica de Talento Humano, Secretaría de Educación-municipio de Medellín.

3. ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó al MUNICIPIO DE MEDELLÍN-Secretaría de Educación, entidad pública territorial de creación constitucional, según artículos 311 al 320 de la Constitución Política.

4. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

El detrimento patrimonial al Municipio de Medellín se cuantificó en el Auto de Imputación 399, del 12 de junio de 2019 en la suma de cuarenta y seis millones novecientos ochenta y cinco mil quinientos dieciseis pesos (\$ 46.985.516) Fl. 735.

5. GARANTES VINCULADOS

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva vinculó a Axa Colpatria Seguros, Generali de Colombia Seguros, La previsora, Allianz Seguros S.A, Mafre Seguros.

6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Por medio del Auto de N° 344 del 12 de agosto de 2015 se dio inicio a una indagación preliminar Fl. 33.
- Mediante el Auto 046 del 4 de febrero de 2016, se ordenó la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 033 de 2015, en contra de Yolanda Ester Ariza Ríos y Mario Javier Gómez Ochoa (Fls. 161 - 163).
- Por medio del Auto 512 del 27 de agosto de 2018 se vincularon a las aseguradoras AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., GENERALI DE COLOMBIA SEGUROS, LA PREVISORA S.A. S.A Compañía de Seguros, ALLIANZ SEGUROS S.A. y MAFRE SEGUROS GENERALES como terceros civilmente responsables (Fls. 580 - 585).
- Mediante el Auto 399, del 12 de junio de 2019, se profirió auto de imputación de responsabilidad fiscal contra la señora YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS. Se desvinculó del proceso a Mario Gómez (Fls. 735 – 753).
- A través del Auto 580, del 16 de agosto de 2019, se resolvieron las solicitudes probatorias peticionadas por los diferentes sujetos procesales (Fls. 905 - 918).
- El 8 de octubre de 2019 se recibió la ampliación de la versión libre de la señora YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS (imputada). Manifiesta no ser ordenadora de gasto, ni tener responsabilidades frente al ausentismo laboral. Fl. 176, 986 – 987.
- A través de las Resoluciones: 126 del 17 de marzo de 2020, 132 del 19 de marzo de 2020, 135 del 24 de marzo de 2020, 138 del 9 de abril de 2020, 143 del 27 de abril de 2020 (Fls. 961 al 973), la señora Contralora de Medellín suspendió los términos de los procesos de responsabilidad fiscal y de las indagaciones preliminares con ocasión de la emergencia de salud presentada con la pandemia COVID 19. Suspensión que se extendió desde el 18 de marzo de 2020 hasta el 14 de octubre de 2020, fecha última en la cual se ordenó la reanudación de los términos a través de la Resolución 392 del 14 de octubre de 2020 (Fls. 973 – 975).

- Mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020 el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, suspendió los términos del proceso de responsabilidad fiscal con fundamento en las resoluciones expedidas por la Contralora General de Medellín y en el artículo 13 de la Ley 610 de 2000 (Fls. 1015 - 1016).
- Declaración jurada de Ruth Tatiana Pino. Inexistencia de nexo causal respecto de la investigada. Fl. 609.

Respecto de las imputaciones formuladas, en el Auto 399 de 2019, en contra la señora YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS, el Despacho pone de presente las siguientes:

- Expresa el Operador Jurídico que al docente se le reconoció el estatus de amenazado según Resolución 09118 de 2014 y lo trasladó en comisión. Fl. 736.
- Señala que el docente no se presentó a laborar entre julio de 2014 y mayo de 2015, no obstante se le pagaron salarios por ese tiempo por \$46.985.516 que constituye el **daño patrimonial**. Fl. 743.
- La Sra. Yolanda Ester Ariza Ríos tenía la calidad de gestor fiscal indirecto, tenía deberes y responsabilidades frente al deber de reportar novedades a la dependencia respectiva para que se efecturaran las suspensiones de pagos.
- Mediante Auto 001 del 21 de mayo de 2015 se produjo el Acto Administrativo de Ausentismo y la orden de descuento. La investigada mostró un comportamiento negligente para actuar como era su deber, en el sentido de ordenar la cesación de pagos al docente, conductas que constituyen **culpa grave**. Fl. 747.
- Frente al **nexo causal** argumenta el a quo que el daño se produjo por las omisiones de la investigada y que si hubiera cumplido sus obligaciones no se hubiera presentado el daño fiscal. Fl. 748.
- Por último argumenta que por concurrir los elementos de la responsabilidad fiscal conforme al artículo 48 de la Ley 610 de 2000 imputará responsabilidad fiscal por \$46.985.516 a título de culpa grave. Fl. 748.

7. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES INCORPORADOS AL PROCESO.

Para lo que interesa a esta decisión, este Despacho ha constatado y verificado que en este proceso están incorporadas al expediente las siguientes:

- Resolución 09118 del 29 de julio de 2014. Reconocimiento de condición temporal de amenazado del docente Mario J. Gómez O. y reubicación en I.E Mariscal Robledo, conforme al D. 1782 de 2013. Fl. 9.

- Certificación Rector presentación a laborar de Mario J. Gómez O. a la I.E Robledo del 8 de septiembre y diciembre 12 de 2014 sobre el ausentismo laboral del docente. Fl. 24, 25.
- Auto 001 del 21 de mayo de 2015 por el cual se ordena el descuento de salarios por los días no laborados a Mario Javier Gómez O. Fl. 12.
- Comunicación de orden de suspensión de salarios del 22 de mayo de 2015 de Yolanda E. Ariza R. Fl. 13.
- Resolución 008655 del 23 de junio de 2015 requerimiento a laborar en la I.E Mariscal Robledo. Fl. 90. Apelación folio 91.
- Resolución 010009 del 12 de agosto de 2015 declara abandono de cargo, retiro del servicio y orden de descuentos salarios de Mario J. Gómez O. Fl. 487
- Resolución 3132 de 2016 liquidación prestaciones según Resolución 010009-2015. Descuentos por servicios no prestados. Valor a reintegrar \$49.596.331. Fl. 207.
- Constancia municipio Medellín demanda Resoluciones 10009 y 1012000 de 2015. Juzgado 25 Administrativo Oral. Suspensión cobro jurídico. Rad. 00292. Fl. 699.
- Sentencia Juzgado 25 Oral Medellín del 12 de diciembre de 2018. Niega pretensiones. Apelación. Fl. 714.
- Declaración jurada Isabel Angarita Nieto del 7 de octubre de 2019. Proceso ausencia y descuento. No viable suspender pagos. Fl. 975, 976.
- Declaración jurada Jairo Andrés Hincapié Serna del 7 de octubre de 2019. Proceso ausencia y descuento. Función revisar ausentismo laboral. Fl. 979.
- Certificación cesantías del 9 de abril de 2021 por \$135.027.133 a favor de Mario Gómez. Fl. 1062.
- Certificación del 9 de agosto de 2018. Reintegro \$49.596.331. No se pagó ningún valor. Fl. 205
- Certificado municipio del 25 de octubre de 2019 sobre ausencias descontadas. Fl. 990.
- Registro página web Rama Judicial rad. Proceso Consultado: 05001333302520160029200. Apelación. 01 Feb 2019 Tribunal Administrativo de Antioquia.
- Declaración jurada de la Dra. María Fernanda Bermeo V. –Profesional Especializada (Abogada) Secretaría General. Fl. 982

III. LA DECISIÓN CONSULTADA: AUTO 076 DE 2021

Corresponde al Auto 076 del once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proceso radicado 033-2015, por el cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió 1) Fallar sin responsabilidad fiscal a favor de la señora YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS, quien fungió como Directora Técnica de Talento Humano - Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, para la época de los

hechos investigados; 2) Desvincular del proceso a las aseguradoras: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.; GENERALI DE COLOMBIA SEGUROS; LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS; ALLIANZ SEGUROS S.A. y MAFRE SEGUROS GENERALES, quienes expidieron la póliza 1000152 por un monto máximo asegurado de \$600.000.000. Conforme se señaló en la parte considerativa de esta providencia.

Entre los argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, el Despacho los resume así:

Expresa el *a quo* que de la prueba reseñada se colige que el docente Mario Javier Gómez Ochoa, no prestó el servicio como educador de la Institución Educativa Mariscal Robledo, donde fuera traslado mediante la Resolución 09118 del 29 de julio de 2014, y que sólo hasta el 21 de mayo de 2015, mediante el AUTO 001 PROCESO DE AUSENTISMO – SUSPENSIÓN DEL SALARIO, se vino a ordenar la suspensión de los pagos que venía devengando.

Afirma que lo pagado al docente durante el período 01/08/2014 al 31/05/2015, fecha esta última en que ordenó la cesación de los pagos, fueron \$ 46.985.516.

Agrega la Primera Instancia, que mediante la Resolución 010009 del 12 de agosto de 2015¹ se declaró la vacancia y el abandono del cargo por parte del docente Mario Javier Gómez Ochoa. En la parte resolutive de la decisión se ordenó a la Unidad Administración de Personal, descontar los valores señalados en el numeral 14 de la parte motiva.

Expresa el operador jurídico que por medio de la Resolución 3132 de 2016, se reconocieron y liquidaron las prestaciones sociales del señor MARIO JAVIER GÓMEZ OCHOA. En el aludido acto administrativo se ordenó el reintegro de los salarios y prestaciones sociales pagados sin que se hubiera prestado el servicio por la suma de \$49.596.331, como consecuencia de la diferencia entre los reconocimientos y las deducciones.

Resalta que el Líder de Programa, adscrito Secretaria de Gestión Humana y Servicios a la Ciudadanía de la Alcaldía de Medellín el 3 de marzo de 2021 certificó que Mario Javier Gómez Ochoa tiene unas cesantías liquidadas a su favor de \$135.027.133

¹ Firmada Secretario Educación. No se concedió apelación. Fl. 326. Decisión confirmada a través de la Resolución 012000 del 5 de octubre de 2015 que negó el correspondiente recurso de reposición. Sin recursos. (Fls. 327 al 332).

Pone de presente que la Subsecretaría de Gestión Humana de la Secretaría de Gestión Humana y Servicio a la Ciudadanía, profirió el Auto No. 065 del 29 de diciembre de 2016 en el cual resolvió: SUSPENDER los términos para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor GÓMEZ OCHOA contra la Resolución No. 3132 de 2016 hasta tanto no exista fallo judicial ejecutoriado que ponga fin la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el recurrente con el radicado 05001333302520160029200 que cursa en el Juzgado 25 Administrativo Oralidad de Medellín.

Concluye la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal que, a partir de las anteriores situaciones fácticas, en contraste con la característica de certeza absoluta que debe tener el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, **no es posible predicar tal certeza absoluta del detrimento patrimonial** investigado, pues y que resulta inane indagar por el elemento subjetivo y nexo causal de la responsabilidad fiscal para tomar la decisión final.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función pública de Control Fiscal, asignada a las Contralorías por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la atribución de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos preceptos fueron desarrollados por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011 y por el Decreto 403 de 2020, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió **fallar sin responsabilidad fiscal**, se hace necesario surtir el grado de consulta al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud del cual el superior jerárquico del funcionario que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan, correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal, y podrá tomar las decisiones que estime conveniente sin limitación alguna².

² Sentencia T-005-2013

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 132 del Decreto Ley 403 de 2020, establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO

Dado que en este proceso se decidió fallar sin responsabilidad fiscal a favor de la investigada, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Era viable jurídicamente suspender y descontar unilateralmente los pagos por concepto de salarios al docente sin previo proceso administrativo de abandono de cargo? ii) El daño patrimonial al Estado que se investigó reviste el grado de certeza? iii) ¿Era procedente fallar sin responsabilidad fiscal por inexistencia de daño patrimonial acorde con el artículo 54 de la Ley 610 de 2000?

Una vez estudiado en su integridad el presente proceso, este Despacho anuncia de antemano su tesis y que consiste en sostener que no existió daño patrimonial en los hechos investigados y por tanto es procedente confirmar la decisión consultada.

Para argumentar y soportar la anterior postura, el Despacho abordará los siguientes temas: i) El fallo sin responsabilidad fiscal según el artículo 54 de la Leyes 610 de 2000; ii) Aspectos normativos y doctrinarios sobre el abandono de cargo y suspensión de salarios, y iii) Elementos de la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

3. EL FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL

Es pertinente señalar que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 5 y 53 de la Ley 610 de 2000.

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real cierto ocasionado al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en grado de certeza, si un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal.

Ahora bien, la Ley ha dispuesto que es viable proferir un fallo sin responsabilidad fiscal si se acreditan alguna(s) de las causales que el legislador ha descrito en el artículo 54 de la Ley 610 así:

ARTICULO 54. FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL. *El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.* SNFT.

Según el precepto anterior, procede el fallo sin responsabilidad fiscal del proceso cuando (i) Se desvirtúen las imputaciones a través de los argumentos de defensa de los imputados, (ii) No exista certeza sobre alguno de elementos de la responsabilidad fiscal. En este caso se parte de la base que existió la debida actividad probatoria por parte del ente investigador y que existe el suficiente material probatorio para edificar el fallo según las voces de los artículos 22 y 23 de la Ley 610 de 2000³.

En este proceso el Despacho procedió a evaluar estos elementos en especial la certeza y la antijuridicidad del supuesto daño patrimonial, en el entendido que 1) Si previamente no existe acto de declaratoria de abandono de cargo y de suspensión de salarios, el pago realizado al docente es lícito; 2) Si el acto administrativo de abandono está en discusión ante los jueces, no vemos viable la acción fiscal, pues bien podría el juez acceder a la súplicas de la demanda, y ordenar el pago de todos los salarios, sin descuentos o deducciones; y 3) Si no ha prescrito el cobro coactivo, entonces el daño no es cierto, y tampoco sería viable la acción fiscal, como veremos a continuación.

4. ABANDONO DE CARGO Y DESCUENTO DE SALARIOS

El Decreto 1950 de 1973 regula el abandono de cargo como una causal autónoma de retiro del servicio, en el capítulo VI. Los artículos 127 y 128 del Decreto estipulan que una vez comprobada la ocurrencia de alguna de las hipótesis de hecho referidas, la autoridad nominadora declarará la **vacancia** del empleo “**previos los procedimientos legales**”.

Según el DAFP en concepto 31541 de 2013, el servidor público puede demostrar ante el jefe inmediato y la dependencia de talento humano o la que haga sus veces que efectivamente prestó sus servicios, o que el motivo de la ausencia constituye justa causa a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la situación, en cuyo caso procedería el reconocimiento de los días de salario dejados de pagar por parte de la administración. En todo caso, los funcionarios pueden ejercer su derecho de defensa

³ ARTICULO 22. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.

ARTICULO 23. PRUEBA PARA RESPONSABILIZAR. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado

y contradicción, y controvertir los actos que consideren que les están causando un perjuicio.

La Corte Constitucional mediante Sentencia frente al tema de descuento de días dejados de laborar sin justa causa, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1059 de 2001, expresó:

*Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre-establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye “justa causa” a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma”. (Subrayado fuera de texto). De acuerdo con lo anterior, **cualquier decisión de retiro del servicio, debe estar mediada por el cumplimiento de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso** del afectado, como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. SNFT.*

De otra parte, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señaló:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...)

Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (...)”

El Decreto 1083 de 2015 expresa:

ARTÍCULO 2.2.30.4.1 Obligaciones del Empleador. Son obligaciones especiales a cargo del empleador:

*9. **Pagar al trabajador** el salario correspondiente al tiempo durante el cual debía realizarse el trabajo, cuando éste no pueda efectuarse por culpa o por disposición del empleador y **siempre que**, por otra parte, no se haya extinguido el **contrato** de trabajo **ni esté suspendido**. SNFT*

ARTÍCULO 2.2.30.4.2 Prohibiciones al empleador. Queda prohibido a los empleadores
*2. **Deducir, retener y compensar** suma alguna del monto de los salarios o de las prestaciones en dinero, sin orden específica suscrita por el trabajador para cada caso, o **sin mandamiento judicial**. SNFT.*

En el caso que nos ocupa, por medio de la Resolución 010009 del 12 de agosto de 2015, que declaró el abandono del cargo del Sr. Mario J. Gómez O. y ordenó el descuento de los salarios por los días no laborados. Por medio de la Resolución 3132 de 2016 se liquidaron las prestaciones sociales, con los respectivos descuentos por los días no laborados, y ordenando el reintegro de las sumas pendientes adeudada por el docente. Fl. 207.

Por tanto, según lo expuesto, antes de 12 de agosto de 2015, no era viable hacer ningún descuento de salarios al docente, con los cual los pagos realizados fueron legales, pues no se había expedido el acto administrativo que declaraba el abandono de cargo (Vacancia) y el descuento de salarios.

De lo anterior se infiere que los pagos realizados al docente con anterioridad a los actos administrativos tenían sustento jurídico, no eran irregulares, y por tanto no eran constitutivos de daño patrimonial al Municipio de Medellín. Entonces no era procedente la imputación realizada a la investiga por los pagos entre agosto de 2014 y mayo de 2015.

No obstante lo anterior, más adelante veremos, que si aún en gracia de discusión se aceptara que existió daño patrimonial, el mismo no tiene la característica de la certeza, dado que el proceso de cobro coactivo no ha prescrito.

5. EL CASO CONCRETO. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

5.1 EL DAÑO PATRIMONIAL

Los elementos esenciales para poder responsabilizar fiscalmente son: La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Para abordar el análisis del caso que nos ocupa, resulta relevante traer a colación estos pronunciamientos de la CGR.

En torno al daño fiscal por el pago de salarios por servicios no prestados, expresó, en concepto N° 092 de 2018:

4.3 Remuneración a servidores públicos por servicios efectivamente prestados

*Las **controversias que se suscitan por derechos laborales-administrativos** como la procedencia de pagar servicios personales durante un **cese de actividades**, es*

competencia de la jurisdicción administrativa. **No es viable que los órganos de control fiscal actúen dentro de los procesos** de la administración, antes bien le compete a éstos ejercer la vigilancia y el control fiscal de manera posterior y selectiva. SNFT.

Visto lo anterior, y respondiendo a los problemas jurídicos planteados, **no existirá daño fiscal por el pago de salarios durante el cese de actividades laborales, si los pagos son ordenados por sentencias judiciales.** No cambia el tratamiento jurídico si el pago se hace en una vigencia fiscal o en otra, los pagos de salarios deben encontrarse debidamente comprobados, en otras palabras, sus pagos aun cuando sean por servicios no prestados deben encontrarse legalmente autorizados u ordenados por sentencia judicial, atendiendo a los principios del sistema presupuestal que ya fueron enunciados. SNFT.

En concepto N°092 de 2018 la CGR sobre el cobro coactivo manifestó:

De acuerdo con el Concepto con radicado 2015IE0101604 del 28 de octubre de 2015, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en estos eventos **no se ha generado la existencia de un daño cierto** al patrimonio público, pues éste sólo **se materializaría en el caso que dicha acción de cobro coactivo haya prescrito.** SNFT.

Nótese que esta Oficina, solo hace referencia a la no existencia de daño cierto patrimonial al Estado en **eventos donde la entidad afectada esté ejerciendo la acción de jurisdicción de cobro coactivo**, ya que, frente a otro tipo de situaciones, tales como acciones administrativas o acciones judiciales, donde hay controversia de derechos de contenido declarativo, se debe adelantar de manera inmediata el proceso de responsabilidad fiscal ordinario o verbal correspondiente, siempre y cuando se cumplan con los demás presupuestos exigidos por la ley, para abrir la actuación. SNFT.

Por tanto, frente a eventos distintos a la jurisdicción coactiva no es aplicable la incertidumbre de la existencia del daño, por cuanto se considera que a pesar que se estén realizando acciones para la recuperación del daño y que éste se encuentre en controversia en el contencioso administrativo, no quiere significar que se pueda poner en duda su existencia cierta.

Igualmente, en concepto N°112 de 2019 la CGR sobre las controversias en tema de derechos laborales:

En la situación de consulta, resulta incierta una valoración a priori en la medida que se requiere estudiar las condiciones propias del caso concreto, que como se ha indicado es competencia de la administración territorial y del ente de control consultante, a lo que se suma la **existencia de una demanda contra la respectiva entidad**, de la que puede derivarse un control de legalidad sobre las actuaciones de la administración, bien sea avalando lo actuado de forma total o parcial, o declarando la nulidad y el restablecimiento del **derecho a favor de los empleados demandantes.**

*En tal evento, **el fallo judicial tiene la vocación de dirimir la controversia suscitada,** si el juez de conocimiento profiere sentencia condenado al empleador al pago de salarios y prestaciones sociales y/o indemnizaciones, habrá una afectación contra el patrimonio del Estado; **pero en ese caso no será procedente la acción fiscal,** en la medida que por especialidad el procedimiento que debe ser adelantado, cuando se cumplan los requisitos para ello, es de la acción de repetición (...).SNFT.*

*Por el contrario, si se avala la hipótesis de la existencia de **salarios pagados demás,** tendrá que analizarse el caso en concreto por parte de la contraloría competente, que debe resolver si hay o no lugar a aperturar proceso de responsabilidad fiscal. SNFT.*

Según lo anterior en la medida que los pagos realizados sean irregulares o ilegales procede la acción fiscal, con base en el artículo 7 del D.L 403 de 2020, pero sólo si los derechos son ciertos y sin discusión, pero si existe una controversia de tipo laboral, como en el caso que nos ocupa, no vemos viable el proceso de responsabilidad fiscal, pues el ente control no es el juez de la legalidad de los actos y contratos de la administración para juzgar lo legal o lo ilegal.

Consideramos adicionalmente que la antijuridicidad debe entenderse en el sentido de que el Estado no esté obligado a soportarlo, pues si ello no es así entonces el supuesto daño deviene en lícito, como por ejemplo cuando se pagan las licencias por incapacidad. Igualmente para poder reclamar el resarcimiento, el daño debe ampararse en una norma (licitud) y en el caso que nos ocupa el municipio no está amparado en una disposición jurídica para suspender los salarios, antes de la declaratoria de abandono de cargo.

Para soportar la decisión tomada en este proceso, esta instancia procedió a examinar:

1) Las imputaciones formuladas y los descargos realizados; 2) Los soportes o pruebas que obran en el expediente y 3) Los argumentos expuestos por la Primera Instancia en la decisión consultada.

Teniendo en cuenta los hechos y las pruebas que obran en el expediente, resulta evidente que no aparece probado en grado de certeza el detrimento patrimonial al Estado el cual constituye un elemento de la esencia de la imputación de responsabilidad fiscal, conforme al artículos 5 y 23 de la Ley 610 de 2000.

Según la evidencia que obra en el expediente se tienen probados estos hechos:

- Mediante Resolución 010009 del 12 de agosto de 2015 se declaró abandono de cargo y retiro del servicio de Mario J. Gómez O. Fl. 98, 228⁴, 483.
- Por Resolución 3132 de 2016 se le liquidaron las prestaciones al docente y se ordenaron los descuentos por servicios no prestados. Igualmente se ordenó reintegrar la suma \$49.596.331 por los días no laborados por el docente. Fls. 207, 833.
- Constancia municipio de Medellín sobre la existencia de una demanda contra las Resoluciones 10009 y 1012000 de 2015. Juzgado 25 Administrativo Oral. Rad. 00292. Fl. 699.
- Certificado municipio del 25 de octubre de 2019 sobre ausencias descontadas. Fl. 990.
- Registro página web Rama Judicial rad. Proceso Consultado: 05001333302520160029200. Apelación. 01 Feb 2019 Tribunal Administrativo de Antioquia.

Según la evidencia, está claro que aún no se ha decidido la situación jurídica del docente, y que el municipio de Medellín tiene cinco (5) años para la recuperación de los dineros pendientes por reintegrar una vez se profiera la sentencia judicial a favor del ente territorial.

El Despacho le da la razón al testimonio de la Señora María Fernanda Bermeo V. – Profesional Especializada (Abogada) de la Secretaría General, quien sostuvo que el tema les fue consultado y que conceptuaron que no era viable hacer deducciones automáticas de salarios, sin agotar el debido proceso, es decir de manera unilateral por parte de la administración. Agrega que debe mediar un proceso de ausentismo previo que declare el abandono de cargo y ordene los descuentos y deducciones. Fl. 983.

Considerando las pruebas que obran en el expediente, el Despacho concluye:

- Los pagos realizados tenían justificación legal, pues el docente estaba amenazado y además no existía acto administrativo en firme sobre la declaratoria de abandono de cargo del Sr. Mario J. Gómez Ochoa. Si ello es así entonces el presunto daño no ostenta la característica de licitud ni antijuridicidad para reclamar algún derecho (su indemnización) por no estar amparado en norma jurídica, lo que a su vez implica que no es antijurídico (daño o lesión), pues lo debe soportar el municipio de Medellín.⁵

⁴ Denuncia penal contra Mario J. Gómez Ochoa.

⁵ Sobre el tema de la licitud y antijuridicidad ver “La prueba de la responsabilidad extracontractual del Estado. Pinzón Muñoz, Carlos E. ED. Ibañez 2018 pgs. 117, 171

- Una vez acaecida la prescripción de la acción de cobro por parte del municipio de Medellín, es decir cuando la entidad no tenga acciones contra el deudor para el recaudo de los dineros que se ordenó reintegrar al docente, se produce la certeza del daño patrimonial al Estado.
- El daño patrimonial al municipio de Medellín, no ha adquirido existencia real, por no estar presente el atributo de la certeza, pues no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción del cobro coactivo a favor del municipio de Medellín. Al no estar presente la certeza, no es viable proferir fallo con responsabilidad fiscal en los términos exigidos por el artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

5.2 LA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

La conducta a partir de la cual debe analizarse la responsabilidad fiscal, se establece como un comportamiento activo u omisivo, doloso o gravemente culposo de un agente que realiza gestión fiscal. Este elemento se refiere a la potestad funcional, reglamentaria o contractual de un servidor público o de un particular que autorizado legalmente, despliegue gestión fiscal en ejercicio de la cual, o con ocasión de ella, genere o contribuya en la causación de un daño al patrimonio del Estado.

Dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal se debe verificar, analizar y determinar el grado de culpabilidad a partir de lo definido en el artículo 63 del Código Civil y de las presunciones legales que contempla la Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción).

Tanto en el dolo como en la culpa grave, tendrán que analizarse las funciones del gestor fiscal, si hubo extralimitación u omisión en su ejercicio, los fundamentos generadores de responsabilidad, el elemento intencional, o la **negligencia, imprudencia**, imprevisibilidad y la falta de experticia (**impericia**), mirados desde la condición de servidores públicos o colaboradores de la administración, y además de los deberes funcionales y las actividades administrativas desplegadas y exigibles en su actuar.

La culpa grave se enerva o destruye probando la diligencia, cuidado, experticia, prudencia, o el cumplimiento de un deber legal⁶.

⁶ Pantoja bravo, Jorje. Derecho de daños tomo II. Ed. Iyer. 2015. Lo elementos de la responsabilidad civil son: conducta, antijuridicidad, daño y nexa causal. Pág. 430

Según el Consejo de Estado en Sentencia del año 2017⁷, “se entiende por **culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico.** (...) Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”. SNFT.

Así las cosas, esta instancia plantea el siguiente interrogante: ¿Actuó con culpa grave la Sra. YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS-Directora Técnica de Talento Humano, Secretaría de Educación - Municipio de Medellín por no haber ordenado la suspensión y el descuento de los salarios al docente antes de la declaratoria de abandono de cargo por parte del docente? La respuesta es negativa.

En primer lugar no se observa que la imputada haya incurrido en errores, equivocaciones, o actuaciones que hayan desconocido sin justificación el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, según las pruebas que obran en el expediente y con sujeción a los artículos 5, 23 de la Ley 610 de 2000, y 63 del Código Civil, el Despacho no encuentra acreditado que el comportamiento del demandante sea configurativo de la culpa grave. En tercer lugar, no era viable la “retención de salarios” mientras no se expidiera acto administrativo que lo ordenara. El hecho de haber remitido la novedad (Auto 001 de 2015 ausentismo) para la suspensión del salario del 22 de mayo, no demuestra culpa grave, pues era lo viable jurídicamente, es decir esperar que se expidiera el acto administrativo previo.

5.3 NEXO CAUSAL

El artículo 5° de la Ley 610 de 2000, consagra como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal, “*Un nexo causal entre los dos elementos anteriores*”, esto es, entre el daño patrimonial al Estado y la conducta dolosa o culposa, activa u omisiva, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Por nexo causal se entiende el vínculo real entre el daño real y cierto y la conducta antijurídica; es decir, es la conexión lógica que lleva a deducir que el detrimento sufrido es resultado del hecho que generó el servidor público o el particular con dolo o culpa grave, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella.

En el caso concreto y dada la inexistencia del daño patrimonial, no es posible examinar el nexo causal como elemento de la responsabilidad fiscal.

⁷ Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00637-01(47846)

CONCLUSIÓN

El Despacho concluyó que las imputaciones formuladas fueron desvirtuadas por la investigada y además no están acreditados los elementos jurídicos para proferir fallo con responsabilidad fiscal al tenor de los artículos 5, 23 y 53 de la Ley 610 de 2000.

El presunto daño al patrimonio del municipio de Medellín por la suma de \$46.985.516 imputado a la señora YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS, por no haber emitido la orden de suspensión de los salarios al docente antes de la declaratoria de abandono de cargo por parte del docente, no se constituye en un daño cierto a la fecha del presente Auto.

Por todo lo expresado, y verificada la ocurrencia de los presupuestos prescritos en el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, esta instancia funcional encuentra ajustado a derecho lo decidido, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el Auto N°076 de 2021, por medio del cual se ordenó falló sin responsabilidad fiscal con Radicado 033-2015.

En mérito de lo expuesto, la Contralora General de Medellín,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 076 de 2021** por medio del cual **se falló sin responsabilidad fiscal** a favor YOLANDA ESTER ARIZA RÍOS-Directora Técnica de Talento Humano, Secretaría de Educación-municipio de Medellín.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior confirmar la decisión de desvincular a las aseguradoras: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., con NIT 860.002.184-6; GENERALI DE COLOMBIA SEGUROS, con el NIT 860.004.875-6; LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con el NIT 860.002.400-2; ALLIANZ SEGUROS S.A. con el NIT 860.026.182-5; y MAFRE SEGUROS GENERALES, con el NIT 891.700.037-9, quienes expidieron la póliza 1000152 por un monto máximo asegurado de \$600.000.000.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar por estado la presente decisión conforme al Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme el presente Auto, remítase el proceso a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

Proyectó: Sigifredo Chavarriaga Sierra – Profesional Universitario 2
Aprobó: María I. Morales Sánchez-Jefe O. A. Jurídica

