

EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
COORDINACIÓN DE ASUNTOS DISCIPLINARIOS

AUTO MEDIANTE EL CUAL SE PROFIERE FALLO EN PRIMERA INSTANCIA
Artículos 169-A y 170 de la Ley 734 de 2002

(MARZO 17 DE 2021)

RADICADO: 495 DE 2018	
DISCIPLINADA: SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN	
CARGO Y ENTIDAD: JEFE ÁREA DE GESTIÓN OPERATIVA Y COORDINADORA DE COMUNICACIONES ENCARGADA, EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P	
INFORMANTE	CARGO Y ENTIDAD (para el momento de los hechos)
ELKIN DE JESÚS ARTEAGA GONZÁLEZ	CONTRALOR AUXILIAR DE AUDITORÍA FISCAL EPM 3 – AGUAS Y SANEAMIENTO BÁSICO
FECHA DE LOS INFORMES	FECHA DE LOS HECHOS
7 DE OCTUBRE DE 2016	VIGENCIA 2015

El Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A.E.S.P, actuando como competente en primera instancia para decidir en materia disciplinaria, conforme dispone la Ley 734 de 2002, y con fundamento en la Resolución Nro. 038 del 26 de septiembre de 2018, mediante la cual se modifica la estructura administrativa de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., creando la Coordinación de Asuntos Disciplinarios, una vez revisado el procedimiento y verificado que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir fallo en derecho, en el marco del proceso disciplinario radicado bajo en Nro. 495 de 2018 y que se impulsa en disfavor de la servidora **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN** identificada con cédula de ciudadanía N° 43.597.780 quien se desempeñó como supervisora del contrato 031 de 2015 suscrito por Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y la Asociación Canal Local de Televisión – TELEMEDELLÍN, durante el tiempo que estuvo vinculada a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

1. IDENTIDAD DE LA INVESTIGADA

El sujeto disciplinado en la presente actuación es la señora **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN (ver fl. 101 cd. -fl. 31 del expediente contractual). La señora SERNA GARZÓN estuvo vinculada a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. en los siguientes cargos y en los siguientes periodos (fl. 248):

CARGO	PERIODO
Administradora de zona	3 de septiembre de 2012 a 5 de mayo de 2013
Profesional 4- Mercadeo y Comunicaciones	6 de mayo de 2013 al 7 de noviembre de 2013
Subdirectora de Mercadeo y Servicio al Cliente	8 de noviembre de 2013 al 3 de mayo de 2013

Jefe área de Gestión Operativa	4 de mayo de 2015 al 15 de julio de 2016
Subdirectora de Mercadeo y Comunicaciones Encargada	13 de marzo de 2013 a 5 de mayo de 2013
Coordinadora de Comunicaciones Encargada	20 de noviembre de 2014 al 3 de mayo de 2015

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS Y TRÁMITE PROCESAL

Mediante informe con radicado Nro. 201600004475 del 7 de octubre de 2016, el señor ELKIN DE JESÚS ARTEAGA GONZÁLEZ remitió al Área de Servicios Corporativos – Procesos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. el resultado del desarrollo de la Auditoría Regular, vigencia 2015, practicada a la entidad y de la cual se desprendieron 24 presuntos hallazgos disciplinarios, relatados así:

*“(…) **Hallazgo No. 13.** En el comunicado remitido por Emvarias a la Contraloría General de Medellín, el día 1 de julio de 2016, respecto al contrato 031 de 2016; se encuentra que, durante su ejecución, el contratista no cumplió con algunas de sus obligaciones contractuales, tales como: diseñar en conjunto con la empresa los planes de medios de acuerdo a las necesidades, elaborar y entregar mensualmente un informe cualitativo y cuantitativo, presentar mensualmente el certificado de cumplimiento de pago de aportes para es (sic) y seguridad social, presentar mensualmente certificado de ejecución firmado por el contador y certificación de rendimientos financieros generados en la cuenta.*

Se evidencia adicionalmente de la información entregada que el contratista solo presentó un informe a la terminación del contrato, acompañado de los certificados de rendimientos y de aportes parafiscales a la fecha de tal informe, circunstancias que indican que, durante la vigencia del contrato, se presentaron incumplimientos al clausulado contractual, no encontrándose requerimientos por parte de la entidad, respecto a las circunstancias presentadas. Incumpléndose específicamente las obligaciones contenidas en la cláusula tercera.

*Lo anterior se debió a deficiencias en los controles ejercidos por la entidad durante la ejecución del contrato. esto constituye una transgresión al principio de eficacia, que afectó el normal desarrollo contractual en el tiempo. **Configurándose como una observación administrativa con presunta incidencia disciplinaria (...).***

***Hallazgo No. 14.** En comprobante de pago No 9080 del contrato CT-2015-031, Emvarias, del 12 de enero de 2016, se evidencia que la entidad transfirió al contratista el valor de \$ 299.999.998, cifra que es superior a la pactada contractualmente por concepto de administración, que correspondió a \$274.524.158.*

Circunstancias que indican que la entidad además de transferir los recursos a administrar transfirió los recursos designados para pago de honorarios correspondientes a \$24.873.323, los cuales se debían pagar de acuerdo a la ejecución realizada y verificada en la vigencia contractual y no con los recursos a administrar, evidenciándose adicionalmente de acuerdo al informe del contratista con fecha del 31 de marzo de 2016 y a la factura por concepto de honorarios N° 11691 de 5 de mayo de 2016 de Telemedellín, que los honorarios finales del contratista fueron por valor inferior al consignado, correspondiente a \$3.855.498.

Con lo descrito se evidencia que la entidad incumplió lo establecido en la cláusula sexta y en otro si al contrato, que señalan que la Empresa únicamente transferirá al contratista los recursos designados para la administración.

El incumplimiento presentado se debió a deficiencias en los controles ejercidos por la entidad durante la ejecución del contrato, lo que afecta el normal desarrollo contractual en el tiempo.

Configurándose como una observación administrativa con presunta incidencia disciplinaria, en tanto los recursos transferidos y no ejecutados fueron devueltos por Teledellín (...).

Hallazgo No.15. En la revisión del expediente contractual, se encuentra el acta de inicio del contrato 031 de 2015, la cual se suscribió el 10 de marzo de 2015, fecha en la que, de acuerdo a las obligaciones contractuales, la entidad debía transferir al contratista Teledellín, el 50% de los recursos a administrar por éste, equivalentes a \$137.262.079, y el otro 50% a la ejecución del 90% del dinero inicialmente transferido.

No obstante, al 28 de diciembre de 2015, nueve meses después, las partes suscriben otrosí y prorroga al contrato, modificando la forma de pago e indicando que la entidad consignará el 100% de los recursos a administrar; estipulación que indica que a la suscripción del otrosí, la entidad había incumplido con su obligación contractual, sin que se evidencie justificación ante tal incumplimiento.

Circunstancia que se encuentra soportada adicionalmente en el comprobante de pago N° 9080 que contiene la transferencia de recursos que data del 12 de enero de 2016.

De acuerdo a lo anterior, se encuentra que la entidad incumplió durante 9 meses, lo estipulado en la cláusula sexta del contrato que señalaba: "LA EMPRESA transferirá a TELEMEDELLÍN en la cuenta de ahorros abierta por esta, únicamente el valor correspondiente a los RECURSOS A ADMINISTRAR para la ejecución de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias, cuyo valor estimado asciende a la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUANTRO MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS ML (\$274.524.158), así un 50% una vez firmada el acta de inicio; un segundo desembolso del cincuenta por ciento (50%) una vez se ejecute el (90%) del primer desembolso. La verificación de la ejecución del primer desembolso se realizará atendiendo a los valores de las órdenes solicitadas y aprobadas por la Empresa y efectivamente realizadas por TELEMEDELLÍN. Las sumas indicadas serán transferidas por la EMPRESA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de los recursos en Contabilidad con la aprobación por parte del Supervisor."

Lo anterior debido a deficiencias en los controles ejercidos por la entidad durante la ejecución del contrato, lo cual implicó una transgresión del principio de eficacia y al normal desarrollo contractual en el tiempo. **Configurándose como una observación administrativa con posible incidencia disciplinaria (...)**".

Con ocasión de lo anteriormente descrito, se da apertura de indagación preliminar mediante auto del 04 de agosto de 2017, dirigido contra funcionarios indeterminados. Si bien la indagación preliminar se abrió con el objeto de precisar el alcance de los hallazgos con presunta incidencia disciplinaria informados en su integridad, surtida dicha etapa se concluyó con la necesidad de separar, tanto a los presuntos responsables como a los procesos contractuales bajo los cuales se formularon los hallazgos en desarrollo de la Auditoria Regular Vigencia 2015. Ello, sustentado en razones de economía procesal, celeridad de la actuación disciplinaria, observancia del debido proceso y garantía de la reserva de la actuación disciplinaria; principios estos dispuestos por los artículos 94 y 95 de la Ley 734 de 2002.

Así pues, se profiere auto de apertura de investigación disciplinaria el 06 de noviembre de 2018 mediante cual se vinculó a **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía N° 43.597.780 quien para el momento de ocurrencia de los hechos que se investigan se desempeñaba como Jefe del Área de Gestión Operativa y Coordinadora de Comunicaciones (E) puntualmente por los hallazgos N° 13, 14 y 15 relacionados con el Contrato 31 de 2015 suscrito entre Emvarias S.A. E.S.P. y la Asociación Canal Local de Televisión de Medellín – Teledellín.

Al haberse recaudado la totalidad de pruebas necesarias para la adopción de una decisión de fondo en los términos del artículo 160 A la Ley 734 de 2002 adicionado por el artículo 53 de la Ley 1474 de

2011, se dispuso por este Despacho cerrar la presente investigación, mediante auto de fecha 25 de agosto de 2020, notificado a la defensora de los investigados, Dra. BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN con C.C. 42.756.148 y T.P. 63.383 del C.S. de la J., el pasado 26 de agosto de 2020 vía correo electrónico, y por estado fijado físicamente (fl. 177) y en la página web de Emvarias S.A. E.S.P. el 27 de agosto de 2020.

En este orden de ideas, se profirió auto del 22 de septiembre de 2020 por el cual se evaluó la investigación disciplinaria y se formulan cargos en disfavor de la señora a **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía N° 43.597.780, providencia notificada personalmente vía correo electrónico enviado a la defensora de la investigada y a la investigada misma el 23 de septiembre de 2020 (fl. 192), como quiera que así lo autorizaron los sujetos procesales.

Vía correo electrónico, el 7 de octubre de 2020 la defensora de la investigada, Dra. BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN, envía escrito de descargos en donde se elevan solicitudes probatorias documentales y testimoniales; así pues, este Despacho profiere auto del 22 de octubre de 2020 por el cual se resuelve la solicitud de pruebas presentadas en el escrito de descargos (fl. 229 a 231), auto notificado vía correo electrónico a la abogada el mismo 22 de octubre de 2020 (fl. 232). A partir de esta providencia, este Despacho se puso en la tarea de oficiar y requerir la información solicitada por la defensa, asimismo, escuchó en declaración juramentada a los testigos aportados por la misma. Dentro de esta fase probatoria, se expidió el auto del 2 de diciembre de 2020 por el cual se incorporan pruebas dentro de una investigación disciplinaria, relacionada con documentos allegados por una de las testigos escuchadas. Finalmente, y como quiera que se habían agotado las pruebas decretadas mediante providencia del 22 de octubre de 2020, este Despacho ordenó dar traslado para presentar alegatos de conclusión mediante providencia del 2 de febrero de 2021, notificada a la defensa vía correo electrónico el mismo día. Siendo el 4 de febrero de 2021, se recibe en los correos electrónicos de los servidores de este Despacho, escrito de alegatos de conclusión presentados por la defensa de la investigada.

3. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS

En el marco de la actuación procesal, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y s.s. y 168 de la Ley 734 de 2002, fueron decretadas, practicadas e incorporadas al expediente las pruebas que a continuación se relacionan:

- A. Correo electrónico de fecha 10 de diciembre de 2018 mediante el cual la Sra. OLGA LUCÍA RUÍZ BEDOYA, Profesional de Desarrollo Organizacional de Emvarias S.A. E.S.P., remite con destino a la presente actuación el Manual de Responsabilidades, Resultados y Perfiles de los cargos de Jefe de las Áreas de Gestión Operativa y Comunicaciones, correspondientes a la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN. (Folios 37 - 41).
- B. Oficio de fecha 3 de enero de 2019 mediante el cual la Sra. SANDRA MARÍA FLÓREZ BEDOYA, Profesional 3 del Área de Servicios Corporativos remite con destino a esta investigación, en respuesta al memorando N° 20180510003802, certificación en la que consta el tipo de vinculación, copia del contrato de trabajo, último salario devengado y última dirección conocida de la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN (Folios 42- 45).
- C. Resolución N° 409 de mayo 16 de 2003: *"POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA EL MANUAL PRÁCTICO DE INTERVENTORÍA DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN E.S.P."* (Folios 46-59).
- D. Resolución N° 01 de marzo 15 de 2010: *"POR LA CUAL SE MODIFICA EL ESTATUTO INTERNO DE CONTRATACIÓN DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN ESP"*. (Folios 60- 66).

- E. Reglamento Interno de Trabajo de Empresas Varias de Medellín. (Folios 67- 100).
- F. Soportes contrato 2015- 031 (precontractuales, contractuales y post contractuales). (Folio 101 – CD)
- G. Certificado de antecedentes disciplinarios N° 132906323 (fl. 102)
- H. Correo electrónico de fecha 24 de enero de 2020, mediante el cual la Sra. MARCELA RESTREPO CORREA, Profesional del Área Financiera de Emvarias S.A. E.S.P., da respuesta al Memorando N° 20190510003602 de fecha 24 de noviembre de 2019, mediante el cual se solicita información financiera del contrato N° 031 de 2015. (Folios 114-126).
- I. Oficio de fecha 05 de febrero de 2020 mediante el cual la Coordinación de Comunicaciones da respuesta al Memorando N° 20190510003589 de noviembre 28 de 2019 emanado de esta Coordinación. (Folios 128- 132).
- J. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por TANIA MARÍA FERNÁNDEZ CORREA, el día 16 de junio de 2020. (Folios 151- 154).
- K. Documentos allegados en el escrito de descargos de la investigada:
 - 1. Prueba documental No. 1 MEMORANDO INTERNO (documento en pdf)
 - 2. Prueba documental No. 2. CAMPAÑAS EMVARIAS, que contiene:
 - 1. Adhesivos para nuevos vehículos recolectores
 - 2. Cambio tarifario
 - 3. Celebración 51 años Emvarias
 - 4. Diseños institucionales
 - 5. Feria de flores
 - 6. Lona gigantismo llegada Emvarias a Grupo EPM
 - 7. Manejo de redes sociales
 - 8. Pauta en el Colombiano
 - 9. Territorio Naranja
- L. Certificado expedido por la señora DIANA CECILIA BEDOYA TORO, Jefe Área Servicios Corporativos de Emvarias S.A. E.S.P. donde se certifican los cargos desempeñados por la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN (fl. 248)
- M. Constancia de servicios prestados para exfuncionarios a nombre de la señora SUSANA RAMIREZ ORTIZ (fl. 249 y 250)
- N. Informe con destino a proceso disciplinario elaborado el 19 de noviembre de 2020 por la Jefe del Área de Servicios Corporativos donde se indica quienes desempeñaron el cargo de Coordinador de Comunicaciones para el año 2015 y 2016 (fl. 251)
- O. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, el día 25 de noviembre de 2020. (Folios 259 a 262)
- P. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por VICTORIA LUCÍA CASTRILLÓN VILLAMIZAR, el día 25 de noviembre de 2020. (Folios 263 a 266)

- Q. Documentos aportados en la declaración juramentada de la señora VICTORIA LUCÍA CASTRILLÓN VILLAMIZAR e incorporados al proceso mediante auto del 2 de diciembre de 2020:
- a. Acuerdo de gobierno entre Empresas del Grupo EPM del 22 de enero de 2014 (fl. 287 a 289)
 - b. Acuerdo de gobierno entre Empresas del Grupo EPM (fl. 290 a 302)
 - c. Link donde se observa la noticia titulada “675 escobitas de Emvarias, se beneficiarán firmando convenio con la fundación U de A.” (fl. 267 a 269)
 - d. Link donde se observa un comunicado del 15 de mayo de 2014 (fl. 270)
 - e. Link donde se observa una noticia titulada “Inauguración de nueva flota de vehículos a gas de Emvarias” (fl. 271)
- R. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por VIVIANA SANÍN PATIÑO, el día 26 de noviembre de 2020. (Folios 272 a 273)
- S. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por JOAN STEVEN DUQUE MONTOYA, el día 26 de noviembre de 2020. (Folios 274 a 276)
- T. Declaración bajo la gravedad de juramento rendida por SUSANA RAMÍREZ ORTÍZ, el día 26 de noviembre de 2020. (Folios 277 a 278)

4. VERSIÓN LIBRE Y ESPONTÁNEA

Hasta la fecha, la investigada SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN no rindió versión libre y espontánea, pese a que fue citada mediante memorando N° 20190530003925 del 30 de agosto de 2019, para ser escuchada el 09 de octubre de 2019 en la sede administrativa de Emvarias S.A. E.S.P., llegado el día y la hora de la diligencia la abogada contratista de esta Coordinación sostiene llamada telefónica con la investigada quien le indicó que estaba en una reunión y que le devolvería la llamada, hecho del que consta la respectiva constancia procesal a folio 107. La disciplinada presenta escrito de descargos y alegatos de conclusión, argumentos que serán analizados en el siguiente apartado.

5. INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

La apoderada del disciplinado, DRA. BEATRIZ ELENA ESTRADA TOBÓN identificada con Cédula de Ciudadanía número 42.756.148 y T.P. 63.383 del C.S. de la J. directamente presentó **descargos** vía correo electrónico el 7 de octubre de 2020, los cuales se pueden resumir en una idea general relacionada con que la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN actuó como supervisora del contrato 031 de 2015 tan sólo 60 días, del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015, puesto que el 3 de mayo de 2015 terminó su encargo como Coordinadora de Comunicaciones en Emvarias S.A. E.S.P. El escrito de descargos se encuentra estructurado por cargos, en seguimiento de este orden, el Despacho procede a sintetizar las ideas allí plasmadas.

Con respecto al CARGO PRIMERO, se señala, en primer lugar, que este Despacho parte de la idea errada según la cual la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN era la única supervisora del contrato 031 de 2015, la defensa reitera que después del 3 de mayo de 2015 la investigada terminó su encargo como Coordinadora de Comunicaciones, por lo tanto, las actuaciones contractuales después del 3 de mayo de 2015 no pueden imputarse a la disciplinada pues la misma ya no se encontraba ejerciendo la supervisión de dicho contrato. En segundo lugar, Sostiene la defensa que a partir del 4 de mayo de 2015 la señora SERNA GARZÓN ocupó el cargo de Jefe de Gestión Operativa, cargo que en nada se relaciona con el de Coordinadora de Comunicaciones y mucho menos con el objeto contractual del contrato 031 de 2015. Continúa afirmando la defensa que, para la época en la que se ejecutó este contrato, EMVARIAS se encontraba atravesando un proceso de

transición para ser filial del Grupo EPM, situación que implicaba coordinar y armonizar las actuaciones de EMVARIAS con los lineamientos, valores y cultura del grupo EPM, sobre todo en lo atinente al manejo de medios y de imagen de EMVARIAS. Durante esta transición a empresa filial del grupo EPM, se celebró y ejecutó el contrato en cuestión, y además, se debieron atender y seguir las directrices dadas por EPM, en palabras de la defensa esta situación implicó que:

“[...] que si bien se debía contar para el efecto, con una herramienta como la Central de Medios que ofrecía Telemedellín-, también lo era que la ejecución del contrato se encontraba en gran parte supeditada a las instrucciones que respecto al manejo de los medios se formularan desde EPM, a fin de que hubiere una política de medios coherente y armónica, representativa de los valores y cultura corporativa, a la que se debía sujetar Emvarias como nuevo miembro del conglomerado grupo EPM. [...]” (fl. 203 reverso)

En tercer lugar, indica la defensa que el Despacho debe tener presente la naturaleza y alcance del contrato 031 de 2015 durante los 60 días en los que la señora SERNA GARZÓN fue supervisora del mismo, esto es, que si bien Emvarias tenía consideraba la participación en eventos de ciudad como La Feria de las Flores, también es importante señalar que, en materia de planes de medios, se debía atender las circunstancias y requerimientos que se fueren presentando en atención a los lineamientos que EPM impartiera, motivo por el cual se debía contar con una herramienta dispuesta a atender las necesidades que fueren surgiendo con ocasión de los diferentes contextos económicos, regulatorios, sociales y del entorno. Así pues, la defensa presenta este contrato con un doble enfoque, a saber: por un lado, viabilizar la realización de los planes de medios de aquellos eventos previsible, y, por otro, la materialización de planes de medios para entender las necesidades comunicativas que se fueren presentando. Según la defensa:

“[...] no solo Emvarias actuaba como mandante de Telemedellín, y este a su vez lo hacía como mandatario de aquella, sino que el mandato operaba para la administración de los recursos destinados a los planes de medios y estrategias publicitarias necesarias para atender los eventos, proyectos, campañas y necesidades comunicativas definidas y por definirse.

En ese orden de ideas, el contrato se estructuraba como una bolsa de recursos que se transferían a Emvarias en los términos previstos en el contrato, sin que el primer desembolso estuviere ligado a la realización de un cronograma de eventos que requirieran plan de medios o estrategia publicitaria, dado que por la situación de transición en que se encontraba Emvarias, muchos de los eventos estaban pendientes de decisión por parte de EPM y por otra parte, también muchos de ellos resultarían de las situaciones variables del entorno de la empresa.[...]” (fl. 204 reverso)

Así pues, según en el numeral segundo del contrato se advierte, sigue la defensa argumentando, que se trataba de ejecutar las estrategias de comunicación *“a requerimiento de Emvarias, y según las solicitudes de servicio que haga el Supervisor del contrato [...]”* (fl. 2014 – 205). Bajo esta idea de que el contrato 031 de 2015, dependía de la solicitud realizada por el supervisor del mismo, sugiere la defensa la siguiente conclusión:

*“[...] en los 60 primeros días de ejecución del plazo de este contrato, **este no obligaba a que se materializaran eventos o campañas concretas, sino a ir estructurando los distintos planes de medios que para los diferentes eventos del año 2015 se fueran previendo y definiendo según las directrices de la matriz. [...]”** (fl. 205 – subrayas originales)*

Sigue el escrito de descargos indicando que, según los Estudios de Conveniencia y Oportunidad (en adelante ECO), debido a que la ejecución de los proyectos a realizar, implican diversos conceptos del gasto, lo más funcional y organizado sería delegar la administración, además de que EMVARIAS no contaba con una central de medios para una eficaz y eficiente utilización de los recursos. Es por ello que la defensa centra su atención en la cláusula tercera del contrato, numeral 1, y señala que

como quiera que la señora SERNA GARZÓN fue supervisora solo por los primeros 60 días de ejecución del contrato, entonces, no se materializaron eventos que requirieran planes de medios o estrategias publicitarias, los cuales, si se presentaron con posterioridad al 3 de mayo de 2015, idea que soportan con el archivo denominado PRUEBA DOCUMENTAL No. 2 en donde se relacionan siete (07) campañas publicitarias.

Con estas ideas en mente, sugiere la defensa que el cargo primero formulado por este Despacho carece de los elementos del juicio de reproche disciplinario, los cuales son: tipicidad de la conducta, ausencia de ilicitud sustancial dado que no se afectó el deber funcional ni la estrategia comunicativa de Emvarias, ni se obstaculizó la satisfacción de alguna necesidad de plan de medios durante los 60 días que la señora SERNA GARZÓN fue supervisora de este contrato. Con respecto a este elemento de la ilicitud sustancial, indica la defensora que no se afectó ningún evento, campaña o proyecto concreto. Así pues, tampoco se cumple con el requisito de la culpabilidad, toda vez que la señora SERNA GARZÓN actuó con buena fe y ausencia total de dolo o culpa, no despilfarró recursos en eventos o estrategias publicitarias innecesarias, motivo por el cual se presume entonces inocente.

Con respecto al CARGO SEGUNDO, se indica nuevamente, en primer lugar, que la investigada SERNA GARZÓN únicamente actuó como supervisora del contrato 031 de 2015 del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015, fecha en la cual pasa a ocupar el cargo de Jefe del área de Gestión Operativa. En segundo lugar, la defensa se apoya en una interpretación teleológica del contrato 031 de 2015 en el sentido de que en esos 60 días no se había comenzado a transferir recursos a Teledellín y no había surgido la obligación de entregar informes sobre la utilización de los recursos destinados a la inversión publicitaria. La defensa ilustra así ilustra esta idea:

“[...] Dado que el contrato referido operaba como una bolsa de recursos sin que existiera la obligación de ejecutar la totalidad de lo presupuestado, sino según requerimiento y necesidad de la contratante, y de conformidad con los lineamientos de EPM, no constituye ningún incumplimiento contractual el que no se haya materializado ningún evento durante los 60 días en que mi representada fue su supervisora, que hubiere requerido de un plan de medios o estrategia publicitaria, por lo que carecía de sentido y justificación solicitar los informes sobre la inversión y utilización de unos recursos que no se transfirieron en el periodo de tiempo referido.

Las estipulaciones de los contratos deben interpretarse de acuerdo a la finalidad con la que las partes las pactaron y según la realidad en la que ellos se acuerdan y ejecutan, por lo tanto, carece de razonabilidad exigir un informe sobre los resultados de una inversión publicitaria que no se había ejecutado aún, por cuanto no había surgido la necesidad o requerimiento, por lo que resulta evidente que esa obligación no era exigible. [...]” (fl. 210)

A reglón seguido explica la defensa que en informe de supervisión elaborado por la Dra. SUSANA RAMIREZ si se observa la transferencia de unos recursos a Teledellín, lo cual permite inferir que si hubo ejecución presupuestal y que se ejecutaron los planes y estrategias publicitarias. En el mismo orden del cargo primero, finaliza la defensa indicando que este cargo carece de tipicidad y de ilicitud sustancial pues la falta de exigencia de dichos informes sobre el manejo de los recursos no afectó el deber funcional de la investigada, ni dañó la prestación del servicio público de la entidad o impidió que se satisficiera alguna necesidad relativa a la comunicación de EMVARIAS. Acerca de la culpabilidad, afirma que no concurre la presunta falta de diligencia o cuidado de la investigada pues la cláusula 14 del contrato que se reprocha en el SEGUNDO CARGO no se aplicaba pues carecía de sentido y finalidad su aplicación.

Frente al TERCER CARGO, en primer lugar, reitera la defensa que el contrato no obligaba a una ejecución concreta en los 60 días en los cuales la señora SERNA GARZÓN fue supervisora de dicho contrato, que, en atención a lo que ha sostenido la defensa en su escrito de descargos, como no se ejecutó el contrato en esos 60 días, no había lugar a pedir planillas o certificados de la seguridad

social, pues Teledellín no había ejecutado algún evento, proyecto o campaña sin que fuere necesario emplear personal alguno. Al igual que con el SEGUNDO CARGO, sostiene la defensa que carece de sentido exigir informes cuando no ha habido ninguna ejecución contractual. En tercer lugar, afirma la defensa que según el acta de liquidación del contrato, suscrita el 31 de mayo de 2016, se precisó que el contratista estaba a paz y salvo por conceptos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, así, hace mención del certificado sobre pago oportuno de aportes al sistema de seguridad social, suscrita por el Gerente de Teledellín y la contadora, del 7 de abril de 2016, además de que en el informe de supervisión elaborado por la Dra. SUSANA RAMÍREZ se da cuenta que este contratista cumplió con el pago a la seguridad social en salud y pensiones. Concluye la defensa que Teledellín sí cumplió con el pago de estos conceptos y que en ningún momento puso en riesgo a EMVARIAS, sin que hubiese alguna reclamación judicial o extrajudicial del personal vinculado laboralmente a EMVARIAS para el pago de la seguridad social relacionado con este tema. Por lo mismo, dicho cargo carece del elemento de tipicidad, sobre la ilicitud sustancial se indica que al no haberse ejecutado este contrato en el periodo de 60 días y, bajo esta lógica, al no ser necesario exigir certificado sobre pago de la seguridad social, no se afectó el deber funcional de la entidad ni hubo perjuicio alguno, “[...] de forma que una interpretación en contrario, solo rendiría un culto exagerado al formalismo que ha sido reprochado al unísono por las altas cortes en el campo sancionatorio.” (fl. 214). Ahora bien, sobre la culpabilidad tampoco se configura la misma por no haber despilfarro de los recursos de la entidad en situaciones innecesarias.

Sobre el CUARTO CARGO, indica la defensa, en primer lugar, que sobre el certificado de ejecución del contrato, en el que conste la relación de pagos efectuados durante un mes con la discriminación de impuestos y deducciones, se reitera que como la señora SERNA GARZÓN solo fue supervisora de este contrato 60 días y como dicho contrato operaba bajo los requerimientos que requería EMVARIAS, esta cláusula contractual (tercera numeral 29) cuyo incumplimiento se reprocha, carece de sentido en su aplicación y convierte en estricto rigorismo y formalismo la finalidad del contrato 031 de 2015. En segundo lugar, sobre la parte de esta cláusula contractual destinada a la certificación de rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros constituida para la administración de los recursos, afirma la defensa que de 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015 no se presentaron rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros que se debía constituir para la administración de recursos, pues bien, según el numeral 32 de la cláusula 3 del contrato 131 de 2015 el contratista no había procedido con la apertura de la respectiva cuenta de ahorros especial, ni había presentado factura correspondiente, sin que EMVARIAS no le hubiera transferido los recursos, lo cual tampoco constituye “[...] un incumplimiento al clausulado contractual, puesto que, además, de la lectura de contrato no se evidencia que se ordenase la apertura de la cuenta de ahorros especial, en una fecha determinada o señalada” (fl. 216). Según la defensa:

“[...] como puede evidenciarse en el comprobante de pago No. 9080 del 12 de enero de 2016 - y que ya reposa en el expediente-, la Empresa transfirió la suma de \$299.397.481,42 a Teledellín, lo que significa que para el momento en que mi representada ejerció el rol de supervisión del contrato, no existía posibilidad de que se generasen rendimientos financieros en la cuenta de ahorros especial, en la medida que aún no se había transferido la suma convenida, sin que ello, significare en si mismo un incumplimiento contractual, puesto que Teledellín (sic) presentó la cuenta de cobro el 10 de diciembre de 2015 y correspondiente a los valores de acuerdo al contrato 031 de 2015 -tal y como se evidencia en la cuenta de cobro No.320 que ya reposa en el expediente-.[...]” (fl. 216 reverso – negrillas originales)

Así como con los cargos anteriores, la defensa indica que no había lugar a exigirle al contratista la certificación mensual de la ejecución del contrato pues no se había ejecutado el proyecto, en el periodo de los 60 días ya referidos, además de que no se presentó ningún incumplimiento en el rol

de supervisión de la señora SERNA GARZÓN pues, en estos 60 días, no se había transferido la suma convenida en el contrato y no se había generado ningún rendimiento financiero que pudiera ser certificado y entregado a la supervisora para su seguimiento, dado que era requisito para ello, la apertura de la cuenta de ahorros especial y la factura o cuenta de cobro respectiva. Es por ello, que concluye la defensa que no se configura el elemento de la tipicidad y que hay ausencia de ilicitud sustancial, en los términos de que en dichos días no hubo ejecución del contrato sin que se afectara el deber funcional ni el servicio público de la entidad, sin generar perjuicio alguno. Finalmente, sobre el tema de la culpabilidad, este elemento tampoco se reúne pues, sostiene la defensa, que su conducta atendió a la buena fe y que no se despilfarraron recursos públicos.

Con respecto al QUINTO CARGO, en primer lugar, reitera la defensa que sólo fueron 60 días de supervisión ejercida por la señora SERNA GARZÓN, en los mismos términos en los que se ha venido resumiendo en este apartado. En segundo lugar, indican que de la redacción del cargo no se logra inferir con claridad que es lo que se le reprocha a la investigada, motivo por el cual, la defensa expresa que entiende este cargo en los siguientes términos:

[...]

a. Lo atinente a la forma del desembolso: [...] de conformidad con el periodo de 60 días en que mi representada ejerció la supervisión del contrato, es importante resaltar que, en ese lapso de tiempo no se presentó por parte de Teledellín la cuenta cobro con la respectiva solicitud de los recursos al área de Contabilidad de la Empresa; siendo así, en el expediente obra la cuenta de cobro No.320 con fecha del 10 de diciembre de 2015, mediante la cual se observa que efectivamente la solicitud de los recursos a la Empresa se efectuó en ese momento y no durante el periodo de supervisión de la Dra. Sandra Serna -esto es, del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015-, sin que ello implicare de ninguna manera un incumplimiento contractual, puesto que, como ya se expuso, la Empresa no podía transferir los recursos sino hasta que el contratista presentara la respectiva cuenta de cobro.

Por lo anterior, sobre lo atinente a la forma del desembolso, no se avizora ningún incumplimiento -dentro de periodo de supervisión de mi representada- [...]"

[...]

b. La verificación del cumplimiento de las obligaciones financieras: [...] para el periodo en que la Dra. Sandra Serna ejerció la supervisión del contrato -del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015-, aún no se había efectuado la solicitud de los recursos por parte de Teledellín y tampoco se había desembolsado recurso alguno, en consecuencia, durante ese periodo, no se generaron rendimientos financieros que Teledellín tuviese que certificar, aportar y liquidar para la revisión y seguimiento del supervisor. Por lo que, tampoco se evidencia un incumplimiento de la obligación financiera contenida en el presente párrafo de la cláusula sexta. [...]" (fl. 219-220)

Continúa indicando la defensa que, según el acta de liquidación del contrato en cuestión, del 31 de mayo de 2016, EMVARIAS si transfirió la suma de los \$300.000.000 a Teledellín generando rendimientos financieros hasta mayo de 2016, suma que debió ser reintegrada. Así pues, este sujeto procesal sostiene que según el comprobante de pago N° 9080 del 12 de enero de 2016, EMVARIAS transfirió a Teledellín \$299.397.481,42, lo que significa que durante los 60 días en los que la señora SERNA GARZÓN ejerció como supervisora de este contrato no hubo posibilidad de que se generasen rendimientos financieros, sin que esto constituyera en sí mismo un incumplimiento contractual. Continúa la defensa aduciendo que:

[...]

c. No identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución del contrato y en la obtención de los productos esperados: sobre este punto, hemos reiterado que, de acuerdo a la naturaleza misma del contrato -administración delegada y bolsa de recursos según requerimiento- y de acuerdo a la lectura del contrato, dicho contrato operó como un apoyo profesional de Teledellín como central de medios, que permitió que Emvarias pudiera tener

a su alcance y disposición una agencia de medios para que se elaborara campañas y proyectos publicitarios en la medida que fueran surgiendo las necesidades [...] durante el periodo de 60 días en que mi representada ejerció la supervisión del contrato, no se presentaron requerimientos por parte de la Empresa para que Teledellín desarrollara o ejecutara algún plan, campaña o proyecto publicitario, sin que ello pueda vislumbrarse -como lo señala el Despacho-, en la no identificación de posibles dificultades en la ejecución del contrato y la no obtención de productos esperados, [...]" (fl. 220 reverso – 221)

De esta manera, este cargo carecería de tipicidad y de ilicitud sustancial al no afectarse la prestación del servicio ni los proyectos comunicacionales de EMVARIAS, sin que tampoco hubiese culpabilidad alguna derivada de que la conducta de la investigada se ajustó a la naturaleza misma del contrato y a los requerimientos mismos de la Entidad.

Con respecto al SEXTO CARGO, en primer lugar, sostiene la defensa nuevamente que el periodo de supervisión sobre este contrato ejercido por la aquí disciplinada solo duró 60 días. En segundo lugar, se indica que, dado este corto periodo de supervisión, no se le puede imputar responsabilidad contractual a la señora SERNA GARZÓN por hechos ocurridos después del 3 de mayo de 2015, pues es después de esta fecha que se suscribió la prórroga del contrato, sobre la cual la investigada ya no ejercía funciones de supervisión de este contrato. Ahora bien, acerca de la entrega del primer desembolso correspondiente al 50% de los recursos a administrar, la defensa sostiene que:

"[...]

1. De conformidad con el numeral 32 de la cláusula tercera del contrato, Teledellín tenía la obligación de abrir una cuenta de ahorros especial para el manejo exclusivo de los recursos, a su vez, de acuerdo con el trámite interno y normal de la Empresa, Teledellín debía remitir al área de Contabilidad la cuenta de cobro respectiva, para que, cumplidos estos dos requisitos, Emvarias pudiera trasladar los recursos convenidos.

2. En ese sentido, durante el periodo de 60 días en que mi representada ejerció la supervisión del contrato, aún se estaba en trámite de proceder con la apertura de la cuenta de ahorros y de remitir la factura de cobro respectivo.

3. Mi representada no tenía incidencia alguna sobre el trámite interno para el cobro y transferencia de los recursos convenidos, además, el mismo se estaba presentando dentro del normal desarrollo del contrato, en la medida que no bastaba con la sola suscripción del acta de inicio para que se pudieran transferir los recursos, era necesario además, que se cumpliera con los dos requisitos precisados en el punto 1, esto es, que se contara con la cuenta de ahorros especial y que se presentara entonces la cuenta de cobro respectiva.

4. Es importante acotar, que de acuerdo con la naturaleza del contrato y al objetivo y finalidad del mismo, no se observó la necesidad de parte del contratista de acelerar el trámite respectivo para la apertura de la cuenta de ahorros y para la solicitud de la suma a administrar, en la medida que para el periodo que comprende la supervisión de la Dra. Sandra Serna -del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015-, la Empresa no solicitó ni requirió planes, proyectos o campañas publicitarias de acuerdo a las necesidades de ese momento. Por lo que, al no requerirse despliegue alguno de Teledellín como agencia de medios, no se vislumbró la imperiosa necesidad de acelerar los trámites para el desembolso respectivo de la primera suma correspondiente al 50%.

5. Por lo anterior, mi representada no vislumbró la necesidad de requerir a Teledellín para que acelerara el proceso de apertura de la cuenta de ahorros especial y de la presentación de la cuenta de cobro, en la medida que aún no se había ejecutado ninguna campaña o proyecto publicitario para ese momento; sin que lo anterior constituyera en sí mismo un incumplimiento contractual, puesto que de conformidad con la naturaleza del contrato -administración delegada-, no existía un cronograma de ejecución de proyectos previamente pactado, lo que

en suma se traduce en que Telemedellín operaba como un apoyo en materia de medios para cuando sugieran (sic) las necesidades de la Empresa.[...]" (fl. 224)

Finalmente, para la defensa, no opera entonces el elemento de la tipicidad de la conducta, ni de la ilicitud sustancial pues no se afectó los proyectos y necesidades comunicativas de EMVARIAS, además, no hay culpabilidad alguna pues la investigada se atuvo a la naturaleza del contrato y a las necesidades de la Entidad por los 60 días en los que se ejerció la supervisión sobre el contrato 031 de 2015.

En los **alegatos de conclusión** presentados por la abogada, mismos que reposan en medio magnético a folio 311, se solicita al Despacho que se archiven las diligencias disciplinarias adelantadas en disfavor de la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN por los motivos , que se describen a continuación: (1) que la señora SERNA GARZÓN solo actuó como supervisora del contrato 031 de 2015 por 60 días, entre el 4 de marzo de 2015 y el 3 de mayo de 2015, (2) durante este periodo no se ejecutaron planes de medios o campañas publicitarias, (3) que el contrato 031 de 2015 operaba bajo la modalidad de BOLSA DE RECURSOS o POR REQUERIMIENTO DE EMVARIAS que no generaba la necesidad de tener un cronograma rígido sobre la ejecución de planes de medio o campañas publicitarias. (4) Durante los 60 días ya mencionados, EMVARIAS estaba transitando por el complejo proceso de transición e implementación de las nuevas políticas del grupo EPM, pues se estaba haciendo parte de esta casa matriz, incidiendo esto de forma directa en las operaciones de todas las áreas de la Entidad, pues las dependencias de EMVARIAS perdieron autonomía y las decisiones debían ser consultadas o aprobadas por el GRUPO EPM. (5) La señora SERNA GARZÓN ejerció con responsabilidad y compromiso todas las tareas asignadas con ocasión del periodo de transición de EMVARIAS a filial del GRUPO EPM, generando sobrecarga laboral en la funcionaria, quien tuvo que laborar extra-horario. (6) Que, en todo caso, el contrato 031 de 2015 se ejecutó conforme a lo pactado y según las necesidades de EMVARIAS.

Argumenta la defensa que:

*"[...] para desvirtuar de forma fehaciente el supuesto "incumplimiento de las labores de supervisión", en el presente proceso no logró acreditarse un comportamiento activo u omisivo de los deberes de supervisión del presente contrato por parte de la Dra. Sandra Serna, y que, implicare entonces una afectación directa a la estrategia comunicacional de la Empresa, puesto que, el contrato, en efecto, sí se ejecutó y se desarrolló de acuerdo con el **clausulado pactado**, por lo que no se evidenció en ningún apartado del proceso, que se lograra demostrar el daño, afectación o incidencia de la conducta de mi representada en el contrato referido o en las actividades propias de la Empresa relacionadas con el Área de Comunicaciones. [...]" (fl. 311 – PDF pág. 4)*

Soporta la defensa su solicitud de archivo en el artículo 73 de la ley 734 de 2002, y en el principio constitucional al debido proceso, por eso conecta el mismo con el principio de presunción de inocencia, el cual, no fue desvirtuado por el Despacho como quiera que reposa material probatorio que da cuenta de que no se incurrió en incumplimiento de deberes de supervisión, y por ende, en falta disciplinaria alguna. Así pues, hace mención del principio de carga de prueba, el cual recae en este Despacho y, que, según la defensa, implica concluir que los elementos probatorios no resultan suficientes para crear convencimiento suficiente más allá de toda duda razonable. Finaliza la defensa este apartado principalístico con esta conclusión: *"[...] En conclusión, se forma pues entre estos tres principios descritos anteriormente una especie de triada que sirve de filtro al investigador para determinar si es posible imponer una sanción, lo que en el sub exámine nos conduce a la conclusión de que ello sería improcedente [...]" (fl. 311 - PDF pág. 21)*

La defensa también destina un apartado al análisis de las funciones de supervisión contractual, para ello cita el artículo 83 y 84 de la ley 1474 de 2011, sobre estas disposiciones legales haciendo

especial énfasis en el ejercicio de estas tareas durante la ejecución del contrato, pues reitera:

“[...] la Dra. Sandra Lucía Serna Garzón se desempeñó como Supervisora del contrato 031 de 2015, que en todo caso, fue de tan solo 60 días, esto es, del 4 de marzo de 2015 – fecha en la que fue notificada de la supervisión del contrato 031 de 2015-, hasta el 3 de mayo de 2015 -fecha en la que cesó el encargo de Coordinadora de Comunicaciones-, el contrato no había comenzado a ejecutarse, pues aún no se había requerido a Telemedellín para que diseñara y/o creara planes de medios o piezas graficas publicitarias, sin que lo anterior implicara un incumplimiento contractual, pues el presente contrato operaba a demanda [...]” (fl. 311 – PDF pág. 23).

Posteriormente, aduce la defensa que no se logran reunir los elementos propios del juicio disciplinario, esto significa que, no existe tipicidad alguna pues la conducta investigada no se adecuó a ningún supuesto normativo, dadas las fechas en las cuales la señora SERNA GARZÓN fungió como supervisora del contrato 031 de 2015, 4 de marzo de 2015 (ver memorando interno 01297 del 04/03/2015), y el 3 de mayo de 2015 (ver certificado aportado por Servicios Corporativos de EMVARIAS S.A. E.S.P. obrante a folio 248). Bajo este supuesto, se especifica las razones, cargo por cargo, por las cuales dichos elementos no se configuran.

Sobre el PRIMER CARGO, se refiere la defensa al testimonio del señor JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, cuando manifiesta que: *“[...] para efectos de esta declaración, la supervisión era de SANDRA SERNA durante estos 2 o 3 meses. [...]”* (fl. 311 – PDF pág. 30). Sobre la declaración del señor JOAN STIVEN DUQUE, cuando refiere que: *“[...] lo de Sandra fue una cosa tan relámpago y tan rápida, lo de Sandra fue un tiempo muy corto, no fue prolongado”.* (fl. 311 – PDF pág. 30). Acerca de la transición sufrida por EMVARIAS para ser parte del GRUPO EPM como filial, se soporta la defensa en las declaraciones de los señores JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO y VICTORIA CASTRILLÓN, haciendo uso del concepto INVOLUCRAMIENTO OPERATIVO, traído por los dos testigos. Así mismo, en el Acuerdo de Gobierno suscrito entre las empresas del Grupo EPM del 8 de noviembre de 2013 y el Otrosí al mencionado acuerdo de fecha del 22 de enero de 2014, sobre ellos *“[...] el Despacho debe tener presente que la toma de decisiones también en el área de comunicaciones de Emvarias sufrió como todas las demás de la Empresa, una afectación directa en cuanto a la velocidad y agilidad con que ellas se adoptaban, mientras se consolidó el complejo proceso como nueva filial y hubo una apropiación de la cultura corporativa de EPM, que, en todo caso, se extendió desde inicios de 2014 hasta finales de 2015.”* (fl. 311 – PDF pág. 38).

A reglón seguido, aduce la defensa que el contrato 031 de 2015 sí se ejecutó y que el mismo se reviste de una naturaleza y alcance específico relacionado con una similitud a una bolsa de recursos o a requerimiento, apoyándose para ilustrar la forma cómo operan estos contratos de la declaración rendida por el señor JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, JOAN STEVEN DUQUE y SUSANA RAMIREZ. Sobre este tema concluye la defensa que: *“[...] para los efectos de este proceso, en los 60 primeros días de ejecución del plazo de este contrato, éste no obligaba a que se materializaran eventos o campañas concretas, sino a ir estructurando los distintos planes de medios que para los diferentes eventos del año 2015 se fueran previendo y definiendo según las directrices de la matriz.”* (fl. 311 – PDF pág. 41). Sostiene la defensa que este contrato sí se ejecutó y para soportar eso se remite a la declaración del señor JOAN STIVEN DUQUE.

Queda así acreditado, para este sujeto procesal, que no se configuró el elemento de tipicidad pues no hubo incumplimiento alguno. Acerca de la ausencia de ilicitud sustancial, se indica que no se obstaculizó la estrategia comunicacional ni ninguna campaña o plan de medios de EMVARIAS; y sobre la falta de culpabilidad se soporta en la declaración del señor JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, se extraen algunas ideas a manera de síntesis:

“[...] eran jornadas continuas. Lo que recuerdo fue el estrés que hubo en esa área y todo era al mismo tiempo. [...] Hay transformaciones con t mayúscula y con t minúscula, la de nosotros fue con t mayúscula, que exigió mucho de los equipos involucrados [...] en el marco de esta investigación no puedo dejar de reconocer que Sandra, Victoria, Natalia, Lina, Jorge, Claudia, vivimos un momento muy especial con sacrificios personales, fue muy fuerte. Y cuando nos muramos de viejitos nos vamos a sentir orgullosos de eso, pero fue muy fuerte. [...] Porque el involucramiento operativo pasaba varios frentes por el cargo que ella desempeñaba. [...] todo el modelo de planeación pasó por Sandra.[...] ella era la subdirectora de mercadeo y servicio al cliente y era la encargada de comunicaciones, que era nada relacionada con el tema [...] entonces SANDRA tenía abogada, financiera, planeación y la intervención del modelo de aseo de EPM a Emvarias pasaba por la planeación. Ellos tenían 2 o 3 personas y nosotros teníamos a Sandra en ese tema. [...]” (fl. 311 – PDF pág. 47, 48, 49).

Y de la señora VICTORIA CASTRILLÓN VILLAMIZAR, también a manera de síntesis:

“[...] EPM siempre ha tenido, y lo vivimos en el proceso de transformación, una persona para cada actividad dentro del mismo proceso y dentro de la misma área, entonces tiene casi que una persona para una sola actividad, y en Emvarias teníamos un sola persona que debía atender varias actividades e incluso varios procesos, ejemplo para el tema de comunicaciones y de mercadeo y servicio al cliente de Sandra, que con todo el conocimiento que tengo puedo dar fe de que es así [...] Entonces Sandra Serna debía sentarse con 10 jefes distintos de EPM porque en EPM había una persona para cada proceso y en Emvarias una persona para todos los procesos. Eso fue traumático [...] incluso tuvimos trabajadores que se declararon en suicidio, que estaban tan deprimidos, estresados y preocupados que estaban al borde del suicidio.

Entonces teníamos que atender el día a día, las demandas de EPM y estar acompañando al personal que teníamos a cargo para que mediamente cumplieran con sus funciones, y lo que no fueran capaces de cumplir porque estaban afectados emocionalmente igual nos tocaba como directrices atenderlos, incluido SANDRA SERNA”.(fl. 311 – PDF pág. 49, 50, 51).

Con respecto al SEGUNDO CARGO, sostiene la defensa que, nuevamente, el ejercicio de las funciones de supervisión sobre el contrato 031 de 2015 de la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN fue solo de 60 días, los ya citados. Sobre este cargo en particular, tal y como se indica en el escrito de descargos, se aduce que no había lugar a realizar un requerimiento sobre la utilización de los recursos pues no se había comenzado a transferir los recursos. Reitera la defensa que en informe del contrato suscrito por la señora SUSANA RAMÍREZ si se observa ejecución presupuestal, además de esto, soporta la defensa su idea en la declaración juramentada del señor JOAN STIVEN DUQUE cuando se le pregunta acerca de la forma como se ejecutó el contrato 031 de 2015. También aduce la defensa que el despacho debe observar con detalle 2. PRUEBA DOCUMENTAL No. 2. CAMPAÑA EMVARIAS, pues allí reposan las campañas y planes de medios que se ejecutaron en el marco de este contrato. Por su parte, también se refiere falta de tipicidad como quiera que no hubo incumplimiento al clausulado contractual, y ausencia de ilicitud sustancial pues no se afectó el deber funcional de la investigada, ni mucho menos se causó algún inconveniente o daño a la prestación del servicio público a cargo de la entidad, ni se obstaculizó o se impidió que se satisficiera alguna necesidad de comunicación de la empresa, ni comportó que se hubiera perdido el seguimiento a los recursos públicos destinados al contrato. Frente a la culpabilidad, tampoco se indica que la investigada actuó con la convicción de que no procedía exigir tales informes, no advirtiéndose entonces culpa alguna en ello.

Sobre el TERCER CARGO, se reitera el argumento de que en dichos 60 días Teled Medellín no había ejecutado algún evento, proyecto, campaña o estrategia y por tanto, tampoco había empleado algún personal frente al cual se debieran entregar estos certificados. Es por ello, que como en el escrito de descargos, se reitera que en el acta de liquidación del contrato, suscrita el 31 de mayo de

2016, se consigna que el contratista se encuentra a paz y salvo con sus trabajadores por conceptos laborales y de parafiscales. De tal suerte que no hubo incumplimiento alguno, sin que hubiera por ende, configuración de tipicidad alguna, ni de ilicitud sustancial pues no se afectó el deber funcional ni el servicio público de la entidad. Sobre la culpabilidad, se indica, como en el escrito de descargos, que buena fe y la responsabilidad de no despilfarrar los recursos de la entidad en situaciones innecesarias o que no obedecieran al lineamiento que debía al respecto impartir EPM.

Acerca del CUARTO CARGO, sobre la ejecución del contrato y de la relación de pagos efectuados durante el mes, se indica que con base en las declaraciones de los señores JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, VICTORIA CASTRILLÓN, JOAN STEVEN DUQUE y SUSANA RAMÍREZ es posible concluir que durante los 60 días en los que mi representada fungió como supervisora, no se presentó ninguna necesidad de comunicación que requiriera de este instrumento de Teledellín. Frente a la certificación de los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros previamente constituida para la administración de dichos recursos, no se presentaron rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros que debía ser constituida para la administración de los recursos, puesto que, de acuerdo con el numeral 32 de la cláusula tercera del contrato, Teledellín tenía la obligación de abrir una cuenta de ahorros especial y de manejo exclusivo para los recursos, así es como considera la defensa que como en dichos 60 días no se había abierto ninguna cuenta de ahorros especial ni se había procedido con la presentación de la factura, no hay lugar requerir dicho certificado, además indica que “[...] puesto que, además, de la lectura de contrato no se evidencia que se ordenase la apertura de la cuenta de ahorros especial, en una fecha determinada o señalada.” (fl. 311 – PDF pág. 69). También soporta esta idea lo indicado por el señor JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO: “[...] lo que recuerdo es que hubo una dificultad con la apertura de cuenta con teledellín, que pueden verificar cuando terminó abierta la cuenta de teledellín [...]” (fl. 311 – PDF pág. 69). Reitera la defensa la necesidad de examinar el comprobante de pago No. 9080 del 12 de enero de 2016.

También sostiene que no hay lugar a un incumplimiento de las cláusulas contractuales y por ende, no hay ilicitud sustancial porque como no hubo ejecución por no existir necesidad comunicacional que satisfacer, entonces no hubo perjuicio o daño alguno al deber funcional o al servicio público de la entidad. Y sobre la culpabilidad, se indica que la funcionaria SERNA GARZÓN actuó con la buena fe y la responsabilidad de no despilfarrar los recursos de la entidad.

Sobre el QUINTO CARGO, aduce la defensa que, tal y como refiere en el escrito de descargos, las actividades desarrolladas después del 3 de mayo de 2015 no podrán imputarse a la señora SERNA GARZÓN debido a que hasta esa fecha fue supervisora del contrato 031 de 2015. Continúa indicando la defensa, como en el escrito de descargos, que no hay claridad sobre lo que se le está reprochado a la disciplinada por parte de esta Coordinación. Sobre (a.) Lo atinente a la forma del desembolso, reitera que

“[...] en el expediente obra la cuenta de cobro No.320 con fecha del 10 de diciembre de 2015, mediante la cual se observa que efectivamente la solicitud de los recursos a la Empresa se efectuó en ese momento y no durante el periodo de supervisión de la Dra. Sandra Serna -esto es, del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015-, sin que ello implicare de ninguna manera un incumplimiento contractual, [...]” (fl. 311 – PDF Pág. 75)

Acerca de (b.) La verificación del cumplimiento de las obligaciones financieras, se indica que tampoco se generaron rendimientos financieros que Teledellín tuviese que certificar, aportar y liquidar para la revisión y seguimiento del supervisor, y sobre (c.) No identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución del contrato y en la obtención de los productos esperados, se remite la señora a las declaraciones de los señores JOAN STIVEN DUQUE y JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO, sobre todo del primero en lo referente a la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015; además de lo sostenido por la señora VICTORIA LUCÍA CASTRILLÓN acerca del proceso

de transformación de EMVARIAS en filial del grupo EPM.

En los mismos términos en los que ha presentado la defensa sus argumentos, tampoco para este cargo operan los elementos de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, con este último, acude la defensa a la declaración de la señora VICTORIA LUCIA CASTRILLÓN acerca de la transición que vivió todo Emvarias cuando iba a pasar al grupo EPM, a nivel emocional y anímico, sobre el esfuerzo que implicó frente a Sandra Serna.

Relativo al SEXTO CARGO, al igual que en el escrito de descargo, la defensa indica que: “[...] la Dra. Sandra Serna no efectuó la supervisión del contrato durante la suscripción de la prórroga ni mucho menos durante su terminación y liquidación.” (fl. 311 – PDF Pág. 84). A continuación, reitera la defensa los cinco puntos ya transcritos en esta providencia párrafos arriba, agregando lo manifestado por el señor JOAN STIVEN DUQUE cuando se le pregunta por el hallazgo Nro. 13 que se levantó en la auditoría regular vigencia 2015. De igual forma, reitera lo argumentos sobre ausencia de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad. Finaliza la defensa sus alegatos de conclusión solicitando: “[...] se archive el presente proceso disciplinario o, en su defecto, se profiera fallo sin responsabilidad disciplinaria a favor de mi representada.” (fl. 311 -PDF pág. 92).

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

6.1. Análisis y valoración jurídica de los cargos, descargos y de las alegaciones que han sido presentadas por los sujetos procesales:

En providencia del de diciembre de 2020 fueron imputados a la señora **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, los siguientes cargos,

Los cargos se le imputaron a la investigada en los siguientes términos:

CARGO PRIMERO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Jefe del Área de Gestión Operativa y Coordinadora de Comunicaciones - Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales, esto es, la cláusula tercera numeral 1 consistente en diseñar en conjunto con la Empresa los planes de medios de acuerdo con las necesidades de comunicación y directrices impartidas por el supervisor del contrato, así como la realización de todos los trámites contractuales necesarios para su ejecución y otros que sean requeridos por la Empresa; conducta con la cual desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).

CARGO SEGUNDO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Corporativas- Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales, esto es, la cláusula tercera numeral 14 pues no verificó el cumplimiento del contratista de la obligación de elaborar y entregar mensualmente un informe cualitativo y cuantitativo que le permitiera a la Empresa evaluar los resultados de su inversión publicitaria; conducta con la cual desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).

CARGO TERCERO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Corporativas- Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales (cláusula tercera numeral 17) ni exigir periódicamente al contratista la presentación de las planillas de afiliación y pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones, recibo de pago por estos conceptos, durante la ejecución del contrato, conductas que desconocen la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).

CARGO CUARTO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Corporativas- Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisor del contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales, esto es, la cláusula tercera numeral 29 pues no verificó el cumplimiento del contratista de la obligación de presentarle dentro de los cinco primeros días calendario de cada mes: (a) Certificación de la ejecución del contrato al último día de cada mes, firmada por el Revisor Fiscal, en caso de estar obligado a tenerlo, o del Representante Legal y Contador en caso contrario, en donde conste la relación de los pagos efectuados durante el mes, con la discriminación de los impuestos pagados y las deducciones practicadas, adjuntando copia de los soportes correspondientes. (b) Certificación de los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros constituida para la administración de los recursos, firmada por el Revisor Fiscal, en caso de estar obligado a tenerlo o del Representante Legal y Contador en caso contrario, adjuntando copia de los extractos bancarios correspondientes. En caso de no contar con el extracto bancario para la fecha del informe, este deberá ser remitido a más tardar en los primeros quince (15) días del mes, omitiendo también verificar el aspecto financiero en cuanto a los rendimientos financieros generados, conducta que desconocen la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).

CARGO QUINTO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Corporativas- Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisora del contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales, específicamente, la cláusula sexta atinente a la forma de desembolso de los recursos a Telemedellín, además por omitir la verificación del cumplimiento de las obligaciones financieras del mismo desde su acta de inicio hasta el momento en el que se justifica y expide la prorroga y otrosí, sin identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución del contrato y en la obtención de los productos esperados, conducta que desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).

CARGO SEXTO: En su calidad de ex servidora pública, la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien para el momento de ocurrencia de los hechos investigados se desempeñaba como Coordinadora de Comunicaciones y Relaciones Corporativas- Encargada de EMVARIAS S.A. E.S.P. y quien tuvo a su cargo la supervisión del contrato 2015-031 según memorando interno del 04/03/2015 presuntamente incumplió con los deberes asignados en razón de la función de supervisora del

contrato mencionado, específicamente por no hacer cumplir las cláusulas contractuales, esto es, la cláusula sexta consistente en transferir el recurso destinado a administrar en dos momentos: (a) un 50% una vez firmada el acta de inicio y (b) un segundo desembolso del cincuenta por ciento (50%) una vez se ejecute el noventa por ciento (90%) del primer desembolso, sin autorizar entonces el desembolso de estos dineros de acuerdo con lo pactado en el contrato; conducta con la cual desconoce la normativa relativa a las funciones de supervisor tanto nacionales como internas (Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.).”

POSTURA DEL DESPACHO SOBRE LOS DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Pues bien, corresponde analizar los cargos formulados a la luz de los argumentos dados por la defensa en sus descargos y alegatos de conclusión. Así las cosas, se procede de manera global estos argumentos en atención a la formulación hecha por este despacho en los términos antes mencionados con los argumentos presentados por la defensa y que se plasmaron en el apartado anterior.

En relación con la idea según la cual, la señora SERNA GARZÓN sólo fue supervisora del contrato 031 de 2015 del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015 considera esta Coordinación que no le asiste razón a la defensa pues la supervisión de un contrato, como se verá, se asigna de manera expresa y por escrito, y su duración se da desde la firma y perfeccionamiento del contrato hasta su liquidación, o si el ordenador del gasto asignare a otro funcionario de la entidad el ejercicio de dicha función. A raíz de esta idea es posible indicar que la señora SERNA GARZÓN después del 3 de mayo de 2015 continuaba prestando sus servicios para EMVARIAS S.A. E.S.P, pues según certificación obrante a folio 248 se observa que laboró en la entidad hasta el 15 de julio de 2016, y aunque su encargo como Coordinadora de Comunicaciones hubiere finalizado, no fue removida de manera expresa y por escrito de sus funciones de supervisión del contrato 031 de 2015, es decir, hasta el 29 de diciembre de año 2015 no se le asignó a ningún funcionario de EMVARIAS S.A. E.S.P la supervisión de este contrato, motivo por el cual la señora SERNA GARZÓN así estuviere laborando para otra área de la empresa diferente a la de Comunicaciones, continuaba fungiendo como supervisora del contrato en estudio.

Acerca de que EMVARIAS S.A. E.S.P. se encontraba pasando por un proceso de transformación de entidad pública a una filial del grupo EPM, hecho que implicó un retraso en el cumplimiento del objeto contractual y que afectó la operatividad misma de la entidad, debe indicarse que este Despacho no desconoce estas circunstancias en las cuales se desarrolló el contrato 031 de 2015, pero las mismas no eximen de responsabilidad a aquellos supervisores de contratos de informar, velar, controlar y coordinar el cumplimiento del clausulado contractual, pues esta Coordinación parte de la idea de que los contratos estatales se suscriben con vocación de ejecución y tendientes a satisfacer necesidades públicas y específicas, además de que el mismo constituye ley para las partes y a su cumplimiento se obligan una vez lo suscriben y este se perfecciona. Siendo así, el contrato 031 de 2015 debió ejecutarse en los términos en los que se estableció su clausulado, y si se presentaron circunstancias que comprometían su cabal ejecución, el supervisor está llamado a requerir al contratista, a informar de estos hechos al ordenador del gasto, a dejar algún tipo de registro (informe, correos electrónicos, actas, etc) acerca de la forma en la cual se ejecuta un contrato.

La calificación que hace la defensa acerca de que el contrato 031 de 2015 es uno TIPO BOLSA, deberá indicarse, como más adelante se amplía, que para este Despacho este contrato es claramente uno INTERADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA DE RECURSOS, con las características y obligaciones que se analizan en el apartado siguiente. Por el momento, deberá indicarse que la calificación de BOLSA será tenida en cuenta como una forma de pago según la cual el contratista, para la ejecución de planes de medios y estrategias publicitarias, extrae de estos recursos el pago para sus proveedores relacionados con el desarrollo de estos dos componentes. Por ello, si no se profiere un desembolso por parte del contratante al contratista difícilmente podrá hablarse de que hay una BOLSA de la cual el contratista pueda pagarse. Sobre este asunto, se debe

tener claridad sobre la naturaleza del contrato que nos ocupa, pues el mismo es DE ADMINISTRACIÓN DLEGADA, y cómo se verá, este Despacho se cuestiona: si no se administran estos recursos, ¿en qué queda el objeto contractual y la naturaleza misma del contrato?

Ahora bien, se le dará la razón a la defensa acerca de los hechos que se endilgan en el PRIMER CARGO, pues acorde a los testimonios recibidos y a los documentos aportados por este sujeto procesal, es posible desvirtuar el mismo. No obstante, y cómo se verá, no es posible desvirtuar los demás cargos endilgados a la señora SERNA GARZÓN, pues tal y como se expresó en párrafos arriba, la investigada no ocupó la función de supervisión del mencionado contrato sólo por 60 días, por el contrario, se ejerció desde el 4 de marzo de 2015 al 28 de diciembre de 2015, quedando durante este tiempo responsable del ejercicio cuidadoso, diligente y proactivode las funciones de supervisión del contrato 031 de 2015, pudiendo requerir al contratista, debiendo informar de los hechos particulares en los que se ejecutó este. Para ampliar estas conclusiones, se dará paso al análisis jurídico-probatorio.

6.2. Análisis jurídico-probatorio.

Analizado el material probatorio del que se ha dado cuenta, las siguientes son las conclusiones que extrae el Despacho, a la luz de las reglas de la sana crítica y con fundamento en la apreciación razonada de la prueba (art 98 y Título VI de la Ley 734 de 2002). En un primer momento, se harán unas precisiones importantes sobre asuntos jurídicos que se debaten dentro de este proceso, y luego, se realizará el análisis probatorio a partir de las conclusiones extraídas de la primera parte de este numeral 6.2.

A. CONSIDERACIONES JURÍDICAS PRELIMINARES.

En primer lugar, debe aclarar este Despacho la forma mediante la cual se analizarán los testimonios solicitados por la defensa y que se practicaron durante el periodo probatorio correspondiente. Pues bien, se partirá de lo indicado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Martha Sofía Sáenz Tobón, el 19 de julio de 2007, Rad. 68001-23-15-000-2006-02791-01, que ha manifestado sobre la valoración de una prueba testimonial lo siguiente:

“Lo que se pretende con la prueba testimonial es el relato de los hechos percibidos, es decir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sin que en principio interese su opinión, pues de lo contrario se trataría de una prueba pericial; hay que acudir al texto de las pruebas para mirar si las declaraciones son responsivas, exactas y completas o si por el contrario son vagas, incoherentes o contradictorias; de otro lado la Sala examinará si algún testigo puede estar movido por sentimientos de interés, amor o animadversión. El Consejo de Estado ha señalado que la eficacia de la prueba testimonial depende más de la calidad del testimonio que de su número, que su bondad radica exclusivamente en que el testigo no se engañe o que él mismo no tenga interés en engañar. [...]”

Este Despacho procede con el análisis de los testimonios que reposaren en el plenario a la luz de lo manifestado por el doctrinante Framarino dei Malatesta (1988), quien sostiene que la credibilidad concreta de la prueba testimonial consiste en que el ser humano percibe y relata la verdad, es por ello que la valoración de mayor o menor certeza aportada por un testigo no es graduable en términos matemáticos pues no es posible un señalamiento numérico en grados de lo manifestado por un testigo, “[...] la graduación no es sino medida, y la medida no es otra cosa que una cantidad material conocida, que sirve para hacer conocer cantidades materiales desconocidas, [...] pero los movimientos de la mente y de las consciencia, como son actitudes síquicas y no cantidades materiales, no pueden someterse a medida alguna. Espiritualidad y medida son conceptos opuestos y heterogéneos. [...]” (Malatesta, F. 1988, Pág. 43). Esto es, lo expresado por los testigos deberá ser

leído a la luz del principio probatorio de la sana crítica, motivo por el cual la apreciación de un testimonio estará dada fundamentalmente en la idea según la cual “[...] *para que el hombre narre la verdad que ha percibido, de acuerdo con la presunción de veracidad humana, es preciso que no se haya engañado al percibir, y que no quiera engañar al relatar lo percibido.*” (Malatesta, F. 1988, Pág. 47). Así pues, es claro que el Despacho toma juramento al iniciar una diligencia de declaración con el fin de advertirle al declarante o testigo que sus palabras deberán ser ciertas, verdaderas, acordes a la realidad percibida, que, de hacerlo de manera contraria, su actuación derivaría en la comisión de un ilícito sancionado incluso con penas privativas de la libertad.

En segundo lugar, deberá dejarse claridad acerca de la naturaleza del contrato que se investiga. El contrato 031 de 2015, tuvo por objeto: “*contrato interadministrativo de administración delegada para administrar los recursos entregados por Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P para la ejecución de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias*”. Fue suscrito el 02 de marzo de 2015 entre EMVARIAS S.A. E.S.P y la Asociación Canal Local de Televisión – TELEMEDELLÍN, con acta de inicio del 10 de marzo de 2015. La naturaleza y el alcance del contrato en cuestión está dado por ser uno **INTERADMINISTRATIVO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA**, no solo porque el encabezado lo dice, sino apelando a lo estipulado en la cláusula décima séptima del contrato, y se entenderá por este tipo de contrato lo que a continuación explica el Consejo de Estado en Sentencia N° 16605 del 16 de septiembre de 2010, que aunque trata de un contrato de obra pública, su contexto nos ayuda a tener un panorama sobre el caso concreto:

*“[...] Ahora bien legalmente, la referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contenían los Estatutos de Contratación Pública Decretos 1518 de 1965 (art. 5) , 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que presentan dicha forma contractual como modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es **ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que solo es delegado o representante de aquella, a cambio de unos honorarios previamente pactados.***

[...]

*De acuerdo con ello, entiende La sala que a través de ese tipo de contratos **se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo** material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. **El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado,** como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en la fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado las fallas de los equipos utilizados.*

[...]

*En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar: **suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como fondos económicos o si se pactaron, bienes muebles e inmuebles y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos.** A su vez, el contratista toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales: **maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución,** invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo, conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiese recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro(sic) natural, escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de este: subcontratar, pagar las indemnizaciones por los daños que la*

ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrato, y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. [...]” (negrillas del despacho)

Ahora bien, a folio 101 del plenario reposa en medio magnético fiel copia del expediente del contrato 031 de 2015, el cual en su página 24 establece el objeto a contratar y el alcance del presente contrato. Aspectos que a la luz de la sentencia referida implican que este Despacho considerará que el contrato 031 de 2015 consistía en un mandato en el que el contratista, TELEMEDELLÍN, actuando por cuenta y riesgo de EMVARIAS S.A. E.S.P., presta un servicio de administración de unos recursos, suministrados por el contratante, para la ejecución de planes de medios y estrategias publicitarias del contratante. Para ello, nos dice la cláusula segunda del contrato que el alcance del mismo comprende dos tareas: (1) se deberán desarrollar actividades necesarias para ejecutar dichos planes de medios y (2) que se deberán coordinar y desarrollar estrategias comunicacionales para la contratación de medios de comunicación, en los que la entidad contratante requiera llevar a cabo (a) pauta y (b) campañas publicitarias, según solicitudes del servicio generadas por el Supervisor del Contrato. Es claro para el Despacho cómo la coordinación y el desarrollo de estrategias comunicacionales relacionadas con la pauta y las campañas publicitarias dependen de la solicitud del supervisor de Emvarias, quien debería realizar dicho cometido en nombre de la empresa, no obstante, no todo el contrato depende de este requerimiento, pues se cuenta también con el alcance mencionado en el numeral primero (1) que impone la necesidad de ejecutar todas las actividades necesarias para llevar a cabo los planes de medios. Es decir, pareciera que no siempre se van a coordinar y desarrollar estrategias comunicacionales que requieran de (a) pautas y (b) campañas publicitarias, pero si se deben ejecutar planes de medios que no involucren estos dos componentes mencionados (a y b), siempre en coordinación con el supervisor del contrato.

Así las cosas, no observa este Despacho dentro del objeto contractual señalado que el mismo constituya un contrato tipo bolsa, por lo que el estudio de esta calificación, aducida por la defensa, corresponderá analizarse desde la forma de pago por la cual la entidad contratante pagaba a la contratista y no como una tipología contractual, es claro que el tipo de contrato que nos convoca es uno de administración delegada de recursos únicamente. Como lo menciona el Consejo de Estado, en dicha administración delegada se deben pactar unos honorarios que atienden a que el mandatario ejecute las labores de administración a él encomendadas, por su parte, también es claro el Consejo de Estado en afirmar que el contratante deberá suministrar los medios, en este caso puntual los fondos económicos, para que el contratista cumpla con sus funciones.

En efecto, rezan los Estudios de Conveniencia y Oportunidad que dio origen al convenio de administración delegada:

“[...] Nota, la Empresa le entrega a Teledellín todos los recursos para que esta, bajo la modalidad de mandato los administre y sea la encargada de todas las negociaciones y contrataciones con los diferentes medios según lo acordado con la interventoría.

[...]

Si bien todos los recursos se le entregan a TELEMEDELLIN, para que esta entidad los administre, deberá rendir cuentas al interventor y cumplir con cada una de las obligaciones establecidas dentro del contrato, así las cosas, no se considera necesario solicitar pólizas, teniendo en cuenta que los posibles riesgos estarán bajo el control de Emvarias dada la forma de ejecución del mandato, el cual permite realizar un seguimiento permanente de la forma y cantidad de ejecución de los recursos, como lo establece el punto 3.5. del presente documento. [...]”

Es así como, desde la concepción misma del contrato 031 de 2015, se dispuso que los recursos serían transferidos a Teledellín, con el objeto de que con ellos el mandatario hiciera buen uso de los

mismos en desarrollo del objeto contractual y de acuerdo a todos los beneficios expuestos en los estudios previos, como quiera que dicho ejercicio representa la esencia de un contrato de administración delegada, y no como lo manifiesta la defensa que se trató de un contrato de aquellos denominados comúnmente como “TIPO BOLSA”, por la forma de pago que se pacta, y es que en la medida en que se van ejecutando actividades, se van cancelando periódicamente.

Pues bien, no hay duda acerca de la doble obligación que tiene el contratista bajo este contrato 031 de 2015, por un lado, debe administrar los fondos a él transferidos, y por otro, con dichos fondos se deberán ejecutar labores de planes de medios y estrategias publicitarias. Pero para que esta segunda tarea sea ejecutada a cabalidad, el mismo contrato en su cláusula sexta establece EL DESEMBOLSO DE RECURSOS, pues ¿qué más se va a administrar en el marco de este contrato sino los recursos destinados a la ejecución de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias? La cláusula sexta del contrato citado nos dice entonces:

“[...] SEXTA: DESEMBOLSO DE RECURSOS. La EMPRESA transferirá a TELEMEDELLÍN en la cuenta de ahorros abierta por esta, únicamente el valor correspondiente a los RECURSOS A ADMINISTRAR para la ejecución de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias, cuyo valor estimado ascienden a la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO PESOS ML (\$274.524.158), así: un 50% una vez firmada el acta de inicio; un segundo desembolso del cincuenta por ciento (50%) una vez se ejecute el noventa por ciento (90%) del primer desembolso. La verificación de la ejecución de la ejecución del primer desembolso se realizará atendiendo a los valores de las órdenes solicitadas y aprobadas por la Empresa y efectivamente realizadas por TELEMEDELLIN. Las sumas indicadas serán transferidas por LA EMPRESA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de los recursos en Contabilidad con la aprobación por parte del Supervisor. [...]”

Así las cosas, una vez EMVARIAS S.A. E.S.P. transfiere a TELEMEDELLIN los recursos mencionados, es posible afirmar que, con ellos, se cancelarán las actividades que se ejecuten en el marco del objeto contractual, el cual se celebró para atender unas necesidades que tenía la Empresa. Es decir, es en este momento en el que los recursos destinados a la administración delegada se encuentran a disposición del mandatario para (1) administrarlos en lo atinente a los planes de medios y estrategias publicitarias, (2) pudiendo entonces invertir y sacar de allí los dineros necesarios para ejecutar las actividades comunicacionales respectivas. Este Despacho considera que si no opera esta transferencia de recursos no podría hablarse de que el contratista tiene como forma de pago los dineros desembolsados por la entidad contratante para que el objeto contractual se cumpliera. Reitera este Despacho que estos mismos recursos, destinados para su administración por parte del contratante, constituían la fuente necesaria para que el contratista ejecutara las actividades de comunicación y publicitarias que se desarrollarían bajo este contrato 031 de 2015, es decir, los recursos que estipularon trasladar a una cuenta de la cual tendría control Teledellín, se deberían ejecutar las actividades que requería Emvarias y que representaron toda la argumentación inicial del contrato 031 de 2015, así como los honorarios causados, mismos que fueron estipulados en la cláusula séptima y octava del contrato en estudio.

Ahora bien, corresponde examinar el aspecto temporal del cumplimiento de esta primigenia obligación contractual, esto es, cuando debieron entregarse esos recursos por parte de EMVARIAS S.A. E.S.P. a TELEMEDELLÍN. Según la cláusula sexta, el primer desembolso 50% debió entregarse una vez se suscribió el acta de inicio, documento firmado el 10 de marzo de 2015, no obstante la última parte de esta cláusula contractual nos indica que “Las sumas indicadas serán transferidas por LA EMPRESA dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de los recursos en Contabilidad con la aprobación por parte del Supervisor.”, pareciera entonces que el contratista debía elevar solicitud al área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P. para que, luego

de la aprobación del supervisor de este contrato, se pudieran transferir los recursos destinados a dicha administración. Así las cosas, esta idea se desprende de una interpretación sistemática del contrato pues no se encuentra dentro del clausulado contractual obligación expresa y clara dirigida a TELEMEDÉLLÍN relacionada con presentar dicha solicitud para proceder con el primer desembolso de los recursos destinados a la administración. Es más, de la cláusula tercera, sobre las obligaciones tanto del contratista como del contratante, se establece como obligación para el primero: “[...] 32. *Abrir una cuenta de AHORROS especial y de manejo exclusivo de los recursos. Los rendimientos que llegaren a causarse con ocasión de la administración de los recursos serán de propiedad de LA EMPRESA, así mismo los descuentos o devoluciones que se adquieran en razón de la ejecución del contrato.*” (pág. 26 del expediente contractual), y para el contratante: “[...] 3. *Trasladar a TELEMEDÉLLÍN para la ejecución del objeto del presente contrato, los recursos mencionados en la cláusula SEXTA del mismo.*” (pág. 26 reverso del expediente contractual).

La implicación de esta situación en relación con el ejercicio de la función de supervisión asignada a la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN será analizada en el siguiente literal. Por el momento y continuando con las consideraciones de carácter jurídico, debe señalarse que el fin de la contratación estatal es según el artículo 3 de la ley 80 de 1993, el siguiente: *"la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"*, norma que si bien no se aplica en EMVARIAS S.A. E.S.P., en forma integral, si constituye elemento básico de interpretación contractual debido a que sus principios sostienen e inspiran el régimen de contratación de esta Entidad, y de cualquiera que administre recursos públicos, independientemente del régimen contractual que le aplique. En relación con esta idea, el principio de planeación resulta de gran importancia dentro del proceso contractual, pues es gracias a este que es posible prever antes de la celebración de un contrato determinado, su necesidad, su pertinencia y su producto final. Ha indicado el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo; Sección tercera; C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del 1 de diciembre de 2008; Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603), sobre este principio que:

"[...] Y no podía ser de otra manera puesto que la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo, producto de la planeación, orientado a satisfacer el interés público y las necesidades de la comunidad, fin último que se busca con la contratación estatal. Lo contrario conllevaría al desvío de recursos públicos o al despilfarro de la administración al invertir sus escasos recursos en obras o servicios que no prioritarios ni necesarios.

El principio de planeación reviste la mayor importancia para garantizar la legalidad de la contratación estatal, sobre todo en lo relacionado con la etapa previa a la celebración del contrato y aunque dicho principio no fue definido por la Ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en varios de sus artículos, disposiciones todas orientadas a que la Administración cuente, con anterioridad al proceso de selección, con las partidas presupuestales requeridas, los diseños y documentos técnicos, los pliegos de condiciones, estudios de oportunidad, conveniencia y de mercado."

De esta manera, si se suscribió el contrato 031 de 2015, a partir unos estudios de Conveniencia y Oportunidad, tal y como se puede apreciar dentro del expediente contractual, es porque el mismo tenía una vocación de ejecución y funcionamiento, es decir, no se suscribe un contrato para que el mismo no se ejecute o se ponga en marcha, este debe desarrollarse de conformidad con lo establecido en los estudios previos y con el clausulado contractual. Es normal que se llegaren a presentar inconvenientes dentro de la ejecución de este, no obstante, una vez ocurrida la eventualidad, el rol del supervisor cobra vital importancia pues es el guardián de las obligaciones

tanto del contratista como del contratante, es su obligación velar e informar al ordenador del gasto o a las instancias pertinentes acerca de las circunstancias bajo las cuales se ejecuta o no, un contrato.

En tercer lugar, deberá precisarse dentro de este apartado destinado a breves consideraciones jurídicas, acerca de las funciones del supervisor de un contrato. Las funciones del supervisor están establecidas en los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011, en esta oportunidad, recordamos lo manifestado por la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario No. 162-97771 de 2004, quien conceptuó sobre la función del supervisor lo siguiente:

“[...] Sea lo primero recordar que con la contratación administrativa las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, que colaboran con ellas en el cumplimiento de esos fines (art. 3 Ley 80/93), y que para obtener el buen servicio debe haber continuidad en su prestación, razón por la cual la citada Ley 80 en el Art. 14, dota a las entidades estatales de medios para lograr el eficaz cumplimiento del objeto contractual, encaminado a obtener la satisfacción del interés público colectivo que le ha sido encomendado.

Es así como en virtud de tales poderes la Entidad, ejerce la dirección, control y vigilancia del contrato. Por ello, cuando (sic) el interventor o supervisor del contrato, según sea el caso, tiene el deber legal de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los servicios, que pretende satisfacer con el objeto contratado.

En este sentido es claro que la vigilancia del supervisor y/o Director de (...) se dirige a que debe examinar permanentemente el estado de ejecución del objeto contratado, así el cumplimiento de las funciones propenden y garantizan el aseguramiento jurídico de las actividades involucradas por la naturaleza del objeto contractual en ejecución, su normal desarrollo y el cabal cumplimiento de lo contratado.

La supervisión formal consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos que sean necesarios e indispensables para la ejecución y desarrollo del objeto contratado. La supervisión material consiste en la comprobaciones y certificación de la efectiva y real ejecución y cumplimiento del objeto contratado y el informe anexo al certificado de cumplimiento, es el sustento del debido pago de las obligaciones contraídas.

Al (...) y supervisor, por mandato legal le correspondía cumplir y hacer cumplir el objeto y todas y cada una de las cláusulas contractuales y en especial las obligaciones contraídas.

Sobre este último aparte es necesario destacar la importancia de la actividad que debe desplegar el supervisor del contrato, en cumplimiento de las funciones señaladas, concretamente referidas a la responsabilidad que adquiere de ejercer un seguimiento permanente y continuo que le permita verificar la ejecución normal del contrato para prevenir, situaciones de dilación, demoras o, incumplimientos parciales que a la postre conlleven a un incumplimiento total que motive dar por terminada la relación contractual en forma anticipada y por ende, a declarar la caducidad del contrato. [...]”

Bajo estas palabras se entenderá la función del supervisor de un contrato dentro del fallo que adelanta este Despacho. A la luz de estas características propias de aquel que fue designado como supervisor de un contrato, deberá analizarse el Manual Práctico de Interventoría de EMVARIAS S.A. E.S.P. vigente para la época de los hechos, en el cual se definen las actividades de interventoría y supervisión como a continuación se transcriben:

[...] RESOLUCION 409 DEL 16 DE MAYO DE 2003.

Interventoría – Definición: La interventoría es la supervisión, coordinación y control realizado por una persona natural o jurídica a los diferentes aspectos que intervienen en le desarrollo de un contrato o de una orden, llamase de servicio, consultoría, obra, trabajo, compra, suministro, etc., que se ejerce a partir de la firma y perfeccionamiento del mismo, hasta la liquidación definitiva, bajo la observancia de las disposiciones legales que para este evento establecen las normas y principios del Régimen de Contratación previsto para Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

Perfil del interventor: La Interventoría puede ser ejercida directamente por la entidad a través de sus funcionarios, o contratistas que ejerzan funciones administrativas, siempre y cuando esta función esté permitida expresamente en el contrato o la ley. En todo caso, designación se informará por escrito a quien habrá de ejercerla.

[...]

FUNCIONES GENÉRICAS DEL INTERVENTOR:

- *Vigilar que las partes cumplan lo pactado en el contrato*
- *Suscribir las diferentes actas*
- *Elaborar ficha técnica del contrato*
- *Hacer seguimiento y dejar constancia escrita de la forma cómo se está cumpliendo el contrato, dentro de los términos señalados en el mismo*
Recomendar a las partes los ajustes o modificaciones que requiera el contrato en términos de plazos, cumplimiento o cualquier otro aspecto que modifique lo pactado inicialmente, lo cual debe ser por escrito y bajo su propia responsabilidad. (fl. 47-48).”

Antes de seguir adelante, el Despacho hace claridad que según la Resolución 409 de 2003, son destinatarios tanto los servidores públicos de Emvarias encargados de hacer supervisión o interventoría a nivel interno, como quienes fueron contratados para cumplir ese rol específicamente, ya que la diferenciación entre supervisión e interventoría se vino a zanjar apenas hasta el año 2011 con la expedición de la Ley 1474, conocido como Estatuto Anticorrupción. En efecto, consagra el acto administrativo expedido por Emvarias, a efectos de dar lineamientos sobre la conducta que debían observar quienes cumplieran tareas de supervisión o interventoría de los contratos que suscribiera Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P, lo siguiente:

4. Que se requieren diseñar herramientas de permanente consulta para los funcionarios vinculados y externos para desarrollar las labores administrativas y operativas inherentes al seguimiento y control de contratos.

El manual de Interventoría tiene como objeto principal, servir de herramienta de trabajo para que las personas naturales o jurídicas de Empresas Varias de Medellín E.S.P., que ejerzan la labor de Interventoría a los diferentes contratos y convenios que celebra la Empresa, lo conozca y lo apliquen para evitar desviaciones o irregularidades en la Interventoría por desconocimiento del tema. Se busca mejorar y perfeccionar este procedimiento y realizar unas efectivas intervenciones en la contratación de Empresas Varias de Medellín E.S.P

Así mismo debe generar una cultura de organización, de autocontrol, de credibilidad y de confianza para todos los funcionarios que intervienen en la prestación de servicios y adquisición de bienes para Empresas Varias de Medellín.

En la medida en que prevengamos y mitiguemos riesgos dentro de los procesos y procedimientos que realizamos, estaremos disminuyendo costos y protegiendo los recursos

e incrementando la efectividad que nos permite llegar a la competitividad dentro del sector público.

Para la realización del presente manual, se han consultado y copilado criterios técnicos, jurídicos y administrativos, para determinar unas actividades generales y particulares de la función de Interventoría, permitiéndole al interventor contrato o funcionario que la ejerce, la solución de problemas, confusiones, dudas o vacíos que se pueden presentar en el desempeño de su labor.

[...]

OBJETIVO:

*El Manual de Interventoría tiene como objetivo principal, servir de herramienta de trabajo para que **los funcionarios del Empresas Varias de Medellín E.S.P.**, que ejercen la labor de interventoría a los diferentes contratos y convenio que celebra la entidad, lo conozcan y lo apliquen para evitar desviaciones o irregularidades en la Interventoría, por desconocimiento del tema. Se busca mejorar y perfeccionar este procedimiento y realizar unas efectivas intervenciones en el proceso contractual propuesto por Empresas Varias de Medellín E.S.P.” (subrayas del despacho).*

Son tres las conclusiones que se extraen de estas consideraciones jurídicas preliminares con las cuales se examina el material probatorio recaudado, respetando y garantizando el cumplimiento del principio al debido proceso en armonía con la presunción de inocencia que rodea a los investigados. En primer lugar, los testimonios serán examinados como medios para comprender las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se valorará que estos sean completos, no vagos ni incoherentes o contradictorios, además deberá tenerse en cuenta aquellos sentimientos de animadversión, amor o intereses que pudieran tener los declarantes. En segundo lugar, se tiene por aclarada la naturaleza jurídica del contrato 031 de 2015, en el sentido de que este es uno interadministrativo de administración delegada, en el cual el contratista TELEMEDELLÍN ejecuta por cuenta y riesgo de los diferente la entidad contratante EMVARIAS S.A. E.S.P la administración de recursos destinados a la ejecución de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias, así pues, resulta fundamental la transferencia de los recursos del contratante al contratista, mismos que serán destinados a la inversión y al pago de aquellos planes de medios y manejo de estrategias publicitarias. Ahora, la forma en que se haría la transferencia de dichos recursos está plasmada en la cláusula sexta del contrato, la cual imponía la obligación al contratista de presentar la solicitud de recursos ante el área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P., para que esta desembolsara el primer 50% de los recursos, el hecho de que no se cumpliera esta situación nos lleva a pensar en que no hubiera sido posible iniciar con la ejecución del contrato pues al ser el mismo de administración delegada para administrar recursos y si no se cuenta con estos, ¿en qué consistió la ejecución de este contrato?. Pregunta que será respondida en el siguiente literal. Y, en tercer lugar, las funciones de supervisión serán entendidas como aquellas labores de dirección, control y vigilancia del contrato, que implican un examen permanente de la ejecución de este, según el Manual Práctico de Interventoría de EMVARIAS S.A. E.S.P, la duración de esta función de supervisión comprende desde la firma y perfeccionamiento del contrato, hasta la liquidación definitiva, o hasta que se designe otro funcionario que cumpla ese rol, y su asignación deberá hacerse por escrito.

B. ANÁLISIS PROBATORIO

Con base en las conclusiones anteriores, este Despacho procede a analizar el material probatorio que reposa en el plenario de cara a los argumentos expuestos por la defensa tanto en el escrito de descargos como en los alegatos de conclusión, cargo por cargo.

Sostiene la defensa que la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN sólo fungió como supervisora del contrato 031 de 2015 del 4 de marzo de 2015 al 3 de mayo de 2015, esto es, desde la asignación de la supervisión mediante memorando interno N° 01297 del 04/03/2015 (ver pág. 31 del expediente

contractual) hasta el 3 de mayo de 2015, día en que terminó su encargo como Coordinadora de Comunicaciones, el cual duró desde el 20 de noviembre de 2014 al 3 de mayo de 2015. Alega la defensa entonces, que el ejercicio de estas funciones se ejerció solo por 60 días. Pues bien, reposa en el plenario el Manual Práctico de Interventoría, el cual, como se transcribió en el literal anterior, indica que el ejercicio de supervisión se ejerce desde la firma y perfeccionamiento del contrato hasta su liquidación definitiva, además, el cambio que hubo en la supervisión del contrato en donde se le asignó esta labor a otra funcionaria de EMVARIAS S.A. E.S.P ocurrió mediante memorando interno N°05244 del 29 de diciembre de 2015, por el cual se le asignaba esta función a la señora SUSANA RAMÍREZ ORITZ, lo cual nos lleva a la conclusión de que aunque el encargo como Coordinadora de Comunicaciones hubiera terminado, no había finalizado su función como supervisora del contrato 031 de 2015 sino hasta que se nombró a alguien diferente a ella, esto es, a la señora RAMÍREZ ORTIZ el 29 de diciembre de 2015.

Sobre la manera cómo se asignaban las funciones de supervisión en EMVARIAS S.A. E.S.P. para la fecha de los hechos, se cuenta con las declaraciones juramentadas de las siguientes personas, quienes exponen los siguientes argumentos:

- JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO: “ **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de quién fue el supervisor o supervisora del contrato 031 de 2015, y d ser afirma. **CONTESTÓ:** para efectos de esta declaración, la supervisión era de SANDRA SERNA durante estos 2 o 3 meses. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma por la cual se asignaba la supervisión de un contrato para el año 2015, de ser afirmativa su respuesta sírvase indicar cómo se hacía esta asignación y que soportes se producían para asignar la supervisión de un contrato en Empresas Varias. **CONTESTÓ:** se firmaba un documento donde se nombraba el supervisor, lo que recuerdo, recuerdo que yo firmaba. [...]” Y mas adelante sostuvo que: “[...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la duración de la supervisión de un contrato para el año 2015, de ser afirmativa su respuesta, indique por cuanto tiempo se es supervisor de un contrato en Emvarias S.A. E.S.P. **CONTESTÓ:** [...] La duración de un supervisor está ligada a la duración del contrato y a la duración de la persona en el cargo. Mas que cuánto dura en el 2015. la relación entre la duración y la supervisión tiene esos dos efectos, como las funciones en el cargo y la duración del contrato. [...]” (fl. 259) .
- VICTORIA LUCIA CASTRILLÓN VILLAMIZAR: “**PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de quién fue el supervisor o supervisora del contrato 031 de 2015. **CONTESTÓ:** sé que Sandra cuando estuvo encarga del área de comunicaciones era la supervisora, para esa época, de los contratos del área de comunicaciones, supongo que era la supervisora para esa época del convenio en mención. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma por la cual se asignaba la supervisión de un contrato para el año 2015 en EMVARIAS, de ser afirmativa su respuesta sírvase indicar cómo se hacía esta asignación y que soportes se producían para asignar la supervisión de un contrato. **CONTESTÓ:** sé que los soportes que nos enviaban a todos los que nos asignaban contratos era mediante un oficio radicado, firmado por el Gerente JAVIER HURTADO para ese entonces y lo asignaban de acuerdo a quien era el encargado del proceso o la actividad. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la duración de la supervisión de un contrato, de ser afirmativa su respuesta, indique por cuanto tiempo se es supervisor de un contrato en Emvarias S.A. E.S.P. **CONTESTÓ:** dentro de lo que yo conocí en Empresas Varias de Medellín, uno era supervisor desde la fecha en que estaba radicado y debidamente notificado al supervisor del contrato o al que se haya definido como supervisor del contrato, y se terminaba de ser supervisor al terminar el contrato, al retirarse de la entidad o hasta que asignaran otro supervisor. [...]” (fl. 263)
- VIVIANA SANÍN PATIÑO: “[...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma por la cual se asignaba la supervisión de un contrato para el año 2015 en Emvarias, de ser afirmativa su respuesta sírvase indicar cómo se hacía

esta asignación y que soportes se producían para asignar la supervisión de un contrato. **CONTESTÓ:** eso está plasmado en el plan de contratación el procedimiento de cómo se designaban los supervisores, en el manual de contratación perdón. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la duración de la supervisión de un contrato, de ser afirmativa su respuesta, indique por cuanto tiempo se es supervisor de un contrato en Emvarias S.A. E.S.P. **CONTESTÓ:** desde el acta de inicio hasta la finalización de un contrato. [...]” (fl. 272)

- JOAN STEVEN DUQUE MONTOYA: “[...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de quién fue el supervisor o supervisora del contrato 031 de 2015. **CONTESTÓ:** no pues exactamente el nombre de la persona no sé, porque como toda entidad pública eso tiene 250 mil cambios en una semana. Sé que Javier Mazo fue el primer interventor que yo conocía del contrato, pero no sé las fechas, ya de ahí a Susi y no me acuerdo más, no se si Sandra pasó a ser la interventora cuando ella estuvo en cargada unos meses del proceso, pero con exactitud no recuerdo, esas 3 personas pueden tener relación con el contrato. [...]” (FL. 274)
- SUSANA RAMÍREZ ORTIZ: “[...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma por la cual se asignaba la supervisión de un contrato para el año 2015 en Emvarias, de ser afirmativa su respuesta sírvase indicar cómo se hacía esta asignación y que soportes se producían para asignar la supervisión de un contrato. **CONTESTÓ:** no conozco ese proceso concretamente de cómo se asigna un supervisor. **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la duración de la supervisión de un contrato, de ser afirmativa su respuesta, indique por cuanto tiempo se es supervisor de un contrato en Emvarias S.A. E.S.P. **CONTESTÓ:** no tampoco conozco esa especificación tan clara. [...]” (fl. 277)

Este Despacho considera que estos testimonios son coherentes y se complementan entre sí, además, no se avizora animadversión o interés por parte de los declarantes para con la investigada, pues se logra apreciar sinceridad en sus manifestaciones, es por ello que, concluye este Despacho de los testimonios recibidos, concuerdan con la prescripción que sobre el asunto consagra el manual de interventoría de la entidad, básicamente es: (i) que se asignaba la supervisión de un contrato por escrito, (ii) documento suscrito por el Gerente de EMVARIAS S.A. E.S.P., y (iii) la duración de esta función estaba ligada a la duración misma del contrato, esto es, hasta que se liquidara, incluso, hasta que saliera el funcionario de la entidad o se designara otro supervisor, por ello, se relaciona también la duración de supervisión a “lo que dure una persona en un cargo”.

Ahora bien, la defensa sostiene que la señora SERNA GARZÓN fue supervisora hasta el 3 de mayo de 2015, fecha en la cual cesa su encargo como Coordinadora de Comunicaciones, no obstante, ella continuó desempeñando funciones para EMVARIAS S.A. E.S.P. y continuó ejerciendo funciones de supervisión del contrato 031 de 2015 sin que se asignaran las funciones de supervisión a ningún otro funcionario diferente a ella a partir del 3 de mayo de 2015, pues es claro cómo sobre este asunto reposa a folio 48 del expediente contractual el memorando interno N°05244 del 29 de diciembre de 2015 en el que se le asigna la supervisión del contrato 031 de 2015 a la señora SUSANA RAMIREZ ORTIZ. Por lo tanto, no considera este Despacho afirmaciones como las hechas por el señor JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO acerca de que la supervisión de SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN duró dos o tres meses, o como sostiene el señor JOAN STIVEN DUQUE MONTOYA que fue relámpago, pues si bien por poco tiempo fue encargada de la Coordinación de Comunicaciones, la duración como supervisora del contrato en cuestión atiende a otro periodo de tiempo diferente a este. Incluso el Manual Práctico de Interventoría ofrece una posibilidad para aquel supervisor que no sea el idóneo para desempeñar esta función: “[...] Cuando se designa a un interventor que no tenga las calidades necesarias para su ejercicio, deberá manifestarlo al ordenador del gasto, por escrito, fundamentando o exponiendo las razones que le impiden cumplir con esta función.” (fl. 47).

Corolario de lo anterior, no encuentra este Despacho como justificación razonable aquella

sostenida por la defensa y que se relaciona con la idea de que la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN fue supervisora del contrato 031 de 2015 solo por 60 días, pues se cuenta con el memorando N° 05244 en el que se le encomienda la supervisión a la señora RAMIREZ ORTIZ, siendo entonces factible concluir que las labores de supervisión asignadas a la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN comprendieron del **4 de marzo de 2015 al 28 de diciembre de 2015**, pues es a partir del 29 de diciembre de 2015 que se le asigna la supervisión de este contrato de manera escrita y expresa a otro funcionario de EMVARIAS S.A. E.S.P.

Corresponde ahora examinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se ejecutó el contrato 031 de 2015 a la luz de lo manifestado por los testigos, para ello se procede a transcribir algunos apartados de sus declaraciones:

- JAVIER IGNACIO HURTADO HURTADO: *“**PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015, de tener este conocimiento, manifieste lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** lo que recuerdo es que el 2014 y 2015 fueron años de transición para la empresa, mientras el periodo que estuvimos allá estuvimos en un proceso de transición y transformación de todos los frentes de la Empresa que lo podrán corroborar las innumerables personas que trabajaron con nosotros allá. [...] ese modelo se llamó INVOLUCRAMIENTO OPERATIVO, eso volcó todo el grupo. Cada empresa, por ejemplo, la check, el gerente manejaba todo el equipo y EPM dijo no, el modelo es INVOLUCRAMIENTO OPERATIVO, nosotros nos involucramos en las filiales. La decisión central fue fortalecer el área financiera, legal, centro de servicios compartidos, e hicieron fortalezas en las áreas de apoyo pero empezaron a dar lineamientos en todas las empresas (sic) [...] No solo la estructuras se generaron una actas de entendimiento o relacionamiento, donde ellos decían que es lo que ellos hacían y que es lo que nos tocaba a nosotros hacer, había actas de relacionamiento en la parte operativa, en la parte de comunicaciones, en la parte laboral, y creo que se llama acta Nro.7, en contractual era el acta Nro. 7 y decía lo que yo debía y podía hacer [...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho, si recuerda cómo operaba la entrega de recursos de EMVARIAS a TELEMEDELLÍN bajo el contrato 031 de 2015, de ser afirmativo, indique lo que conste al respecto. **CONTESTÓ:** lo que uno podía era recursos y se abría una cuenta para eso, es lo que recuerdo. [...] lo que recuerdo es que hubo una dificultad con la apertura de cuenta con teledellín que pueden verificar cuando terminó abierta la cuenta de teledellín. [...] **PREGUNTADO:** bajo la gravedad de juramento, indíquele al Despacho, usted manifestó que en el caso Sandra Serna fue difícilísimo el trabajo en toda esta transformación, sírvase indicar y ampliar porque fue difícil o complejo especialmente en el caso de Sandra. **CONTESTÓ:** Porque el involucramiento operativo pasaba varios frentes por el cargo que ella desempeñaba. [...] por ejemplo, ahí dice hacer trazabilidad a como están los medios, eso lo hacía EPM por nosotros. En vez de contratar con teledellín, la hacía EPM, lo que se hizo con Linda Calle siglo XXI lo hacía EPM, los comunicados los hacía EPM, todos los comunicados eran escritos con EPM, ponga este aviso en el colombiano, el involucramiento operativo fue total, porque es que la autonomía se restringe, pero nosotros dejamos de ser autónomos en muchas cosas, nosotros nos involucramos y lo empezamos a dirigir y las empresas muy eficientes en la operación, esa es la esencia del involucramiento operativo. [...]” (fl. 259 a 262).*
- VICTORIA LUCIA CASTRILLON VILLAMIZAR: *“[...] **PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015, de tener este conocimiento, manifieste lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** yo sé que los contratos de comunicaciones, porque eso uno lo oía permanente, se hacían o se ejecutaban de acuerdo como a las necesidades comunicacionales que se fueran generando, especialmente para esas épocas estuvimos en un proceso de transformación desde el año 2013 como noviembre hasta septiembre del 2015. Por la transformación se generaron muchos cambios en Empresas Varias, lo cual hacía que el proceso comunicacional se desarrollara de acuerdo a lo que se iba generando desde el clima organizacional hasta la imagen corporativa hacia afuera como de manera, como dijera yo, no se sabía que pasaba, si en los medios de comunicación había una noticia, de acuerdo a eso nosotros reaccionábamos y si la gente no estaba tranquila se generaba una estrategia. Las estrategias comunicacionales variaban de acuerdo a las lo que iba sucediendo en ese momento en la organización, necesidades de manejo tanto interno y externo por lo que sucedía en ese proceso de*

transformación. Además de que también teníamos, Emvarias, estaba como direccionado estratégicamente en todas las áreas, por las definiciones de la matriz, en este caso EPM. [...]” (FL. 264).

- VIVIANA SANÍN PATIÑO: **“PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015, de tener este conocimiento, manifieste lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** no tenía conocimiento [...]” (fl. 272 reverso).

- JOAN STEVEN DUQUE MONTOYA: **“PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015, de tener este conocimiento, manifieste lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** como eso fue hace mucho tiempo no tengo memoria de eso, pero en general los contratos de telemedellín funcionaban bajo una bolsa, ¿cómo así?, no se hacía como los demás contratos, por ejemplo, el contrato X con telemedellín o no sé otra empresa, teníamos claro que íbamos a sacar 35 millones de impresos. Con telemedellín no funcionaba así, era una bolsa de servicios a la que se le iba pidiendo cosas y de ahí se descontaba de esa bolsa de servicios, entonces no existía un plan como tal, era una bolsa que teníamos disponible de recursos. Entonces, por ejemplo, con telemedellín se mandó a ser un logo para un proyecto que se llamó expedición crisálida y se descontó de esa bolsa, recuerdo unos pendones gigantes que se mandaron a hacer el día que hicimos el traslado para EPM y se sacó del contrato de telemedellín, pero específicamente unas funciones concretas como que cada mes íbamos a hacer tanto y cuesta tanto, era una bolsa disponible que se usaba de acuerdo con las necesidades.” (FL. 274 reverso).

- SUSANA RAMIREZ ORTIZ: **“PREGUNTADO:** Bajo el juramento prestado, sírvase indicarle al Despacho si tiene conocimiento acerca de la forma cómo se ejecutó el contrato 031 de 2015, de tener este conocimiento, manifieste lo que le conste al respecto. **CONTESTÓ:** conocía que el contrato era una bolsa donde de ahí se recurría en caso de que la empresa lo necesitara o requiriera, ahí había unos recursos y de esos recursos se iba ejecutando. Esa era la manera que recuerdo que funcionaba el contrato.” (fl. 277 reverso).

Dos son los escenarios que permiten comprender las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se ejecutó el contrato 031 de 2015, por un lado, los testigos refieren que durante su ejecución EMVARIAS S.A. E.S.P se encontraba inmersa en un proceso de transformación de empresa que era del Municipio de Medellín a una filial del Grupo EPM, hecho que implicó un proceso llamado INVOLUCRAMIENTO OPERATIVO en el cual la casa matriz, GRUPO EPM, se involucraba de manera directa no solo en el aspecto estructural de la filial, EMVARIAS S.A E.S.P., sino en su operatividad y en el diario ejercicio de su objeto social, hecho que implicó que muchos procesos internos de EMVARIAS S.A. E.S.P., como podrían ser los afines a las estrategias comunicacionales, se vieran afectados por las decisiones y lineamientos impartidos por el Grupo EPM. Y por otro lado, los testigos también refieren que el contrato 031 de 2015 se ejecutaba como uno tipo bolsa, denominación que quedó explicada en el literal A de este apartado. Pues bien, en relación con esta forma de operación o ejecución del contrato 031 de 2015 se relaciona lo manifestado por el señor HURTADO HURTADO cuando indica que se debía abrir una cuenta para estos recursos, y que él recuerda que hubo un inconveniente con esta situación.

Al tenor de lo manifestado por los testigos se debe conectar entonces una de las conclusiones ya esbozadas en el literal anterior, es decir, que en efecto para que el contrato 031 de 2015 se ejecutara bajo la modalidad de uno de administración delegada de los recursos entregado por la entidad contratante, dichos recursos debieron ser transferidos y la cuenta de ahorros especial impuesta como obligación al contratista en la cláusula tercera numeral 32, debió haberse abierto para poder que se elevara la solicitud por parte de TELEMEDELLÍN al área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P. y una vez la señora SERNA GARZÓN, quien fuere la supervisora de este contrato, autorizara dicha solicitud, la Empresa contratante tenía 10 días para transferir lo

respectivo al primer desembolso, también en cumplimiento de la obligación de LA EMPRESA estipulada en la cláusula tercera numeral 3, sobre las obligaciones de LA EMPRESA. Acerca de la apertura de dicha cuenta, la señora SUSANA RAMÍREZ ORTIZ en su declaración refiere que: “[...] en detalles no lo recuerdo, pero si sé que, para poder transferir los recursos ejecutados, teled Medellín tenía que abrir una cuenta pues un fondo, eso es lo que me acuerdo en ese punto.” (fl. 278).

En relación con este tema, el cual se plasma por la Contraloría General de Antioquia en el hallazgo Nro. 15 y que en este Despacho motivó la formulación del SEXTO CARGO, se reitera, tal y como se manifestó en el auto del 22 de septiembre de 2020 que, a folio 125 se evidencia cómo EMVARIAS paga la factura 320 del **10 de diciembre de 2015** mediante el comprobante de pago 9080 del **12 de enero de 2016** por un valor que asciende a **\$299.397.481,42**. En la factura 320 presentada por TELEMEDELLÍN se consigna un valor que corresponde a la totalidad del valor estimado del contrato, finalmente se cancela \$299.397.481, incluyendo los honorarios por administración delegada e IVA sobre los honorarios; autorizando por parte de la supervisora el pago de estos conceptos **finalizando el año 2015**. Esto es, si el contrato tuvo por acta de inicio el **10 de marzo de 2015** no es claro el motivo por el cual en diciembre de 2015 el contratista pasa la factura 320 y a su vez la Empresa cancela lo correspondiente a los recursos a administrar junto con los honorarios generados por ello, ¿hubo alguna administración delegada de recursos entre el 10 de marzo de 2015 y el 12 de enero de 2016, o incluso desde aquella fecha hasta 29 de diciembre de 2015, fecha de presentación de la mencionada factura?, frente a este interrogante concluirá el Despacho, cómo se verá, que no es posible hablar de ejecución alguna ya que no había recursos administrar, tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta providencia. En atención a los testimonios escuchados puede el operador disciplinario moldear la comprensión de los hechos, y afirmar como indica el señor HURTADO HURTADO que se pudieron haber presentado inconvenientes en la apertura de la cuenta por parte de TELEMEDELLÍN, situación además que debió haber manifestado el supervisor del contrato, para que así diera cuenta del motivo por el cual no se estaba ejecutando el mismo, y por supuesto, emprender las labores necesarias para su pronta solución, evidencias que brillan por su ausencia en el expediente contractual. Siguiendo con el tema del desembolso y pago de honorarios, se concluye que por este segundo concepto no se causó honorario alguno pues partimos de la idea de que apenas se le estaba entregando al contratista el recurso para que diera inicio a la administración delegada de los recursos, apenas a pocos días de terminar el plazo para ejecución del contrato. Se configura así un incumplimiento sobre la entrega del primer 50% de lo que asignado para la ejecución de *planes de medios y manejo de estrategias publicitarias*, lo que hizo que las necesidades que la entidad había planteado en el estudio de Conveniencia y Oportunidad, y para lo cual se celebró el contrato 031 de 2015, quedarán insatisfechas.

Al no trasladarse a tiempo los recursos destinados a la administración delegada, pues recordemos que según la cláusula sexta del contrato 031 de 2015 debía darse un primer desembolso una vez suscrita el acta de inicio, con el procedimiento consistente en que el contratista debía elevar solicitud al área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P., se desprende un incumplimiento de las cláusulas contractuales, pues si no se cumple con la parte esencial del contrato, con su esencia o núcleo fundamental, el cual es LA ADMINISTRACION DELEGADA DE LOS RECURSOS ENTREGADOS POR EMVARIAS S.A. E.S.P, con dificultad podrá ejecutarse la totalidad del alcance del contrato. Se genera entonces una pregunta por parte del Despacho y es ¿Cuál fue el papel de la supervisión del contrato en este incumplimiento generado tanto por parte del contratista como del contratante?, ¿qué se hizo desde la supervisión del contrato para que el contratista elevara la solicitud al área de contabilidad para proceder con la entrega del primer desembolso luego de suscrita el acta de inicio? Podría afirmarse, como lo sugieren los testigos, que durante el año 2015 se estaba en proceso de transición en EMVARIAS S.A. E.S.P. como filial del GRUPO EPM, hecho que, y sobre este punto los testigos coinciden de manera fehaciente, pudo haber retardado la ejecución de planes de medios y de estrategias publicitarias, no obstante, este hecho no exime de responsabilidad al supervisor de un contrato, quien está llamado a ejercer la supervisión formal, esto es la verificación de los

requisitos necesarios para la ejecución del contrato, y la supervisión material, relacionada con la certificación de la efectiva y real ejecución de este.

La defensa presenta como pruebas documentales siete campañas y proyectos ejecutados por parte de TELEMEDELLÍN en diversas fechas del 2015 y del 2016 en su escrito de descargos. Recordemos que el espectro temporal de esta investigación disciplinaria recae únicamente en la vigencia 2015, y sobre la conducta desplegada por quien en esa vigencia fungió como supervisora del contrato; asimismo, en la PRUEBA DOCUMENTAL No. 2 CAMPAÑAS EMVARIAS la defensa allega nueve archivos contentivos de campañas publicitarias desarrolladas por TELEMEDELLÍN. Pues bien, son cuatro las campañas y proyectos ejecutados en el 2015, a saber: TERRITORIO NARANJA el 10 de noviembre de 2015, CELEBRACIÓN 51 AÑOS DE EMVARIAS el 18 de septiembre de 2015, FERIA DE FLORES el 4 de septiembre de 2015 y LONA GIGANTISMO LLEGADA DE EMVARIAS A GRUPO EPM el 6 de agosto de 2015. Campañas que coinciden con lo manifestado por el testigo JOAN STIVEN DUQUE MONTOYA en las líneas transcritas de su testimonio. Como quiera que la defensa presenta estas pruebas y las mismas coinciden con lo manifestado por los testigos, este Despacho las acoge y las valora a favor de la investigada, como se pasa a exponer. Pese a esto, con estos documentos no se logra desvirtuar el manifiesto incumplimiento del clausulado contractual en relación con la precaria supervisión del contrato ejercida por la investigada, tal y como se pasa a examinar cargo por cargo.

En el PRIMER CARGO se reprocha que, desde la supervisión del contrato, no se veló por el cumplimiento de la cláusula tercera numeral 1, esto es, una obligación del contratista consistente en diseñar en conjunto con la Empresa los planes de medios de acuerdo con las necesidades de comunicaciones y directrices impartidas por el supervisor del contrato, así como la realización de los trámites contractuales necesarios para su ejecución y otros que sean requeridos por la Empresa. Sobre este punto, reposa en el plenario a folio 228 del plenario cd contentivo del escrito de descargos y de las pruebas aportadas por la defensa en dicho escrito. En el archivo denominado PRUEBA DOCUMENTAL No. 2 CAMPAÑAS EMVARIAS se observan aquellos archivos contentivos, a su vez, de las campañas publicitarias que se llevaron a cabo por TELEMEDELLÍN en favor de EMVARIAS S.A. E.S.P. Atendiendo a la pertinencia del proceso, solo se valoraran aquellas que se hicieron en el año 2015, por esto, se observa que estas campañas reposan en los archivos: 1. ADHESIVOS PARA NUEVOS VEHICULOS RECOLECTORES; 3. CELEBRACIÓN 51 AÑOS EMVARIAS; 5. FERIA DE FLORES; 6. LONA GIGANTISMO LLEGADA EMVARIAS A GRUPO EPM; 9. TERRITORIOS NARANJA. Dichos archivos contienen, los documentos relativos a la orden de servicio emitida por TELEMEDELLIN para desarrollar la actividad puntual, la factura del proveedor contratado por TELEMEDELLÍN, la planilla de seguridad social de este proveedor (aspecto que se desarrollará más adelante), correos electrónicos sostenidos entre TELEMEDELLÍN y EMVARIAS S.A E.S.P. donde se aprueba o se corrige lo producido por el primero, incluso cotizaciones presentadas por diferentes empresas a TELEMEDELLÍN, así como en el caso de los TERRITORIOS NARANJA, se observa el BRIEF.

En el literal anterior habíamos considerado que la obligación del contratista que se enmarca bajo este contrato es bipartita, pues por un lado se habla de administración delegada de recursos, y por otro de la ejecución, con dichos recursos, de planes de medios y manejo de estrategias publicitarias. Puntualmente, lo que se reprocha en este PRIMER CARGO es que no se hubiere cumplido con la segunda parte de la obligación del contrato, es por ello que la defensa aportó los documentos que podrían desvirtuar este hallazgo. De esta forma y en garantía del derecho de presunción de inocencia, no observa este Despacho razonable continuar con el reproche disciplinario y sancionar a la señora SERNA GARZÓN por no haber controlado el diseño de los planes de medios, pues este Despacho logra evidenciar que durante el año 2015 si se llevaron a cabo los mismos.

En este punto, se conecta esta conclusión con las siguientes palabras expresadas por los testigos en sus declaraciones juramentadas:

- VICTORIA LUCIA CASTRILLÓN: “[...] Los contratos tipo bolsa, el de operaciones que es muy grande es tipo bolsa, consisten en que se bien se define un objeto como desde el principio no se conocen a ciencia cierta las actividades que se van a realizar, se define un presupuesto general y de acuerdo a las necesidades, que cumplan con el objeto contractual se van ejecutando. **PREGUNTADO:** bajo la gravedad de juramento, según la respuesta es posible que se fijen unos recursos determinados y finalmente se ejecuten por mucho menos. **CONTESTÓ:** Claro, si no necesito gastarme todo el dinero, hasta mejor. **PREGUNTADO:** En este tipo de contrato, sabe si se establecen cronogramas, fecha de entrega o funciones determinadas, o cómo se va a organizando la ejecución del mismo. **CONTESTÓ:** Se define un objeto y un alcance, y que de acuerdo a las necesidades, se solicitan los servicios sin que supere el valor del presupuesto. Y en cada solicitud de servicio el contratista debe decir cuando vale ese servicio que se está solicitando por parte de Emvarias, obviamente para que el supervisor garantice que supere nunca el presupuesto del servicio que ha venido solicitando. [...]” (fl. 265)
- JOAN ESTIVEN DUQUE MONTOYA: “Pero Emvarias estaba en una cosa compleja que nos exigía en un día hacer 5 boletines de prensa y en otros días hacer silencio y dejar que lo hiciera EPM, era decisiones variantes de acuerdo a la solicitud de casa matriz, nosotros que actuábamos de manera independiente, hacíamos nuestros boletines y nuestra pauta, ya hacíamos parte de un grupo que nos fiscalizaba cada movimiento. **PREGUNTADO:** bajo la gravedad de juramento, indíquele al Despacho, aclárame por favor algo, conforme a las repuesta anterior, influyó la participación de EPM en el hecho de que no se tuviera que ejecutar totalmente el contrato, habían obligaciones que se encargaron directamente EPM. **CONTESTO:** creería que si, no me acuerdo del detalle, no voy a detalles de algo que no tengo claro en mi mente. Incluso hay una cosa que recuerdo y lo último que recuerdo con telemedellín desde comunicaciones fue un pendón para el día que nos íbamos a pasara para el edificio EPM, entonces creería yo que nos pusimos a trabajar con la casa matriz. [...]” (fl. 2785 reverso)
- SUSANA RAMIREZ ORTIZ: “es que las obligaciones se van sacando a medida que se necesiten, no había nada estipulado frente a eso, como que repito que lo que recuerdo era el modelo que si había necesidad se sacaba el dinero de esa bolsa, pero no recuerdo que hubiera algo detallado en cuenta a eso. Y sobre todo es muy importante tener en cuenta que todo esto era muy ligado a las decisiones que tomaba casa matriz en ese momento, entonces la planeación estaba asociada a nada, a lo que ellos definieran que la filial se iba a mover en ese momento.” (fl. 278)

Bajo estas ideas es posible concluir que, en efecto, y como reitera la defensa en sus intervenciones, el tema de diseños de planes de medios y estrategias publicitarias no se tenía definido con antelación a la suscripción del contrato mismo, sino que la ejecución de estos asuntos atendía a la necesidad de la entidad contratante. Así demostrados los hechos, no queda otro camino en derecho que no sancionar a la señora SERNA GARZÓN por los hechos que se le imputan en el PRIMER CARGO formulado en providencia del 22 de septiembre de 2020; de esta manera, una vez entendido que no operó falta disciplinaria alguna, no hay lugar a examinar la ilicitud sustancial ni la antijuridicidad de esta conducta.

Asunto diferente ocurre con los demás cargos formulados en disfavor de la investigada, pues los siguientes redundan en obligaciones contractuales diferentes a la ejecución de planes de medios y estrategias publicitarias. Acerca del SEGUNDO CARGO, en el cual se le reprocha a la señora SERNA GARZON que no controló el cumplimiento de una de las cláusulas contractuales relacionadas con la obligación del contratista de elaborar y presentar mensualmente un informe cualitativo y cuantitativo que le permitiere a la Empresa evaluar los resultados de su inversión publicitaria, deberá afirmarse que como se incumplió desde el mes de marzo de 2015 con la cláusula sexta del contrato 031 de 2015, pues después de suscrita el acta de inicio (10 de marzo de 2015) el contratista no elevó solicitud a contabilidad para proceder con el desembolso del primer 50%, sin que fuera requerido por la supervisión del contrato, no es posible que se hayan presentado informes, sobre todo cuantitativos, sobre los resultados de la inversión publicitaria de EMVARIAS S.A. E.S.P. Como se definió en párrafos anteriores, hubo cierta ejecución atinente a 4 planes de medios desarrollados

en el año 2015, los cuales tampoco fueron reportados por parte del contratista en un informe cualitativo. Debe aclarar el Despacho, que en atención a las funciones de supervisión que se plasmaron en el literal A de esta providencia, la supervisión del contrato, esto es, la señora SERNA GARZÓN debió requerir al contratista para que se procediera con el cumplimiento de esta obligación específica (brindar el informe cualitativo y cuantitativo), circunstancia que no se llevó a cabo por parte de quien funge como disciplinada. Es más, en el archivo, aportado por la defensa, denominado PRUEBA DOCUMENTAL No. 2 CAMPAÑAS EMVARIAS, se observan algunas campañas publicitarias desplegadas en el año 2015 relativas al segundo semestre de este año, pero no se observa un informe presentado por TELEMEDELLÍN en el que se le dé cuenta al contratante acerca de los resultados de su inversión publicitaria.

Recordemos que este Despacho, a diferencia de la defensa, considera que la supervisión de este contrato asignada a la señora SERNA GARZÓN atiende a los memorando internos en los cuales se asigna expresamente esta función a los funcionarios de EMVARIAS, no por que ocupen determinado cargo en la entidad, así las cosas, desde el 4 de marzo de 2015 hasta el 28 de diciembre de 2015 se sostiene firmemente que la señora SERNA GARZÓN fungió como supervisora de este contrato, por ello, no afecta en el ejercicio de estas funciones el único informe de supervisión presentado por la señora SUSANA RAMIREZ ORTIZ y que obrare en el expediente contractual de las páginas 9 a 11 del PDF del proceso escaneado (fl. 101 – 2). De esta manera, no se observa que de marzo a diciembre de 2015 reposare en este expediente contractual, o incluso en otros medios, informe cuantitativo o cualitativo que permitiera dar por cumplida la obligación del contratista, estipulada en la cláusula tercera numeral 14 del contrato 031 de 2015, ni tampoco obra en el expediente reparo alguno por parte de la supervisora del contrato, ante el incumplimiento de Teledellín, respecto a esa obligación contractual, o que informara sobre la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato de administración delegada.

Respecto del TERCER CARGO formulado en la providencia del 22 de septiembre de 2020, se le reprocha a la señora SERNA GARZÓN, quien siendo supervisora del contrato desde la fecha en la que se le asignó su función hasta cuando se nombró expresamente a otra funcionaria para que fuera la supervisora de este contrato, no requirió al contratista TELEMEDELLÍN la presentación de planillas relativas al pago de la seguridad social en salud y pensiones, obligación que según la cláusula tercera numeral 17, debía hacerse de manera periódica. Pues bien, tal y como se afirmó en el auto del 22 de septiembre de 2020, esta Coordinación decide decretar una prueba documental mediante auto del 27 de noviembre de 2019 en la cual se solicitan documentos al Área Financiera de Emvarias relacionados con los pagos efectuados en el marco de este contrato (fl. 113 a 126). Documentos de los cuales se deduce, en primer lugar, que dicha dependencia no cuenta con los anexos de las facturas generadas con TELEMEDELLÍN, por tal motivo indican que “[...] *deben estar en la carpeta bitácora del contrato y la misma es administrada por el interventor [...]*”.

Se evidencia una factura con N° 320 expedida el 2015/12/10 correspondiente al contrato en cuestión y radicada en el Grupo Epm el 2015/12/29, esta factura se acompaña de una certificación para facturación, de una planilla de pago a la seguridad social del periodo de noviembre de 2015 pagada en diciembre del mismo mes y un certificado expedido por el Gerente y Contadora de TELEMEDELLÍN fechado del 2 de diciembre de 2015 en donde se señala que: “[...] *TELEMEDELLÍN ha cumplido en los últimos seis (6) meses con el adecuado cálculo y oportuno pago de los aportes al sistema de seguridad social integral de sus empleados [...]*”. Aun así, dicha circunstancia acreditada por el revisor fiscal, en parecer del Despacho, no subsana la obligación que tenía el supervisor de exigir los pago a la seguridad social de manera periódica, desde el inicio del contrato, ya que ello está expresamente estipulado en el Manual Práctico de Interventoría, en el apartado destinado a las funciones del interventor en el aspecto legal, cuando indica: “[...] 5. Exigir periódicamente al contratista la presentación de los contratos de trabajo, las planillas de afiliación y pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones, seguro de vida o póliza colectiva (cuando a ello hubiere

lugar, recibos de pago de salarios y presentaciones sociales y demás conceptos para con sus trabajadores, durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación.” (fl. 54). Aunado a esto, el contrato tuvo por acta de inicio el 10 de marzo de 2015, luego, este certificado sólo daría cuenta del pago oportuno de estos conceptos seis meses atrás, omitiendo la verificación y el control sobre los primeros 4 meses de la vigencia del contrato.

Como se ha venido sosteniendo en esta providencia, derivado del incumplimiento de la cláusula sexta del contrato 031 de 2015, se desprende el incumplimiento sucesivo de varias cláusulas contractuales, se cuenta con que en el CUARTO CARGO, se reprocha el cumplimiento de la cláusula tercera numeral 29, la cual le impone la obligación al contratista de presentar los cinco primeros días del mes, dos asuntos:

(a) certificación de la ejecución del contrato al último día de cada mes, firmada por el Revisor Fiscal, en caso de estar obligado a tenerlo, o del Representante Legal y Contador en caso contrario, en donde conste la relación de los pagos efectuados durante el mes, con la discriminación de los impuestos pagados y las deducciones practicadas, adjuntando copia de los soportes correspondientes.

(b) certificación de los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros constituida para la administración de los recursos, firmada por el Revisor Fiscal, en caso de estar obligado a tenerlo o del Representante Legal y Contador en caso contrario, adjuntando copia de los extractos bancarios correspondientes. En caso de no contar con el extracto bancario para la fecha del informe, este deberá ser remitido a más tardar en los primeros quince (15) días del mes.

Sobre este punto, nota el Despacho con gran preocupación el hecho de que no se hubiera iniciado con la ejecución del contrato desde el 10 de marzo de 2015, fecha en la que se suscribe el acta de inicio, no es exceso de rigorismo, como califica la defensa, pues se parte de que este contrato surtió todo el trámite precontractual respectivo que permitiera definir una necesidad que se satisficiera con la suscripción de este. Como se dijo, la suscripción de un contrato está ligada a su necesaria ejecución, circunstancia que no se avizora para el caso concreto, pues, en aras de discusión, solo se ejecutaron cuatro campañas publicitarias en el 2015, ya finalizando el plazo contractual – se insisten que se le diera tampoco cumplimiento a la cláusula relativa al desembolso de recursos, misma que cuando se cumple, da vida jurídica al contrato de administración delegada de recursos. De tal suerte, que como no se transfirieron los recursos de que trata la citada cláusula sexta del contrato 031 de 2015, no se observa un ejercicio juicioso tampoco en la exigencia por parte de la supervisión de este contrato, para el año 2015, de que se necesitara una certificación de ejecución del contrato para las fechas en las cuales se llevaron a cabo las cuatro estrategias publicitarias ya mencionadas. Conclusiones que llevan a esta Coordinación a continuar con el reproche disciplinario por la precaria supervisión del contrato referido en lo atinente a la cláusula tercera numeral 29. Ahora bien, era necesario el cumplimiento de dicha obligación contractual, con el objeto de avizorar una alarma más, y se establecieran los mecanismos necesarios para subsanar la situación que se venía presentando esto es: (i) la inexecución contractual y (ii) la no generación de rendimientos financieros, por la no transferencia de los recursos como lo había estipulado el contrato.

Frente al QUINTO CARGO, como se mencionó anteriormente, se le reprocha a la supervisora del contrato lo que en el escrito de descargos se identifica con el literal c y que reza así: “c. *No identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución del contrato y en la obtención de los recursos esperados*” (fl. 220 reverso). Pues bien, dado el incumplimiento en el desembolso del primer 50% por parte de EMVARIAS S.A. E.S.P, generado a su vez, porque TELEMEDELLÍN no elevó solicitud al área de contabilidad de aquella para que se realizara este desembolso, con el cual se le daba ya marcha a la administración delegada de recursos, no se pudo cumplir con las obligaciones del contratista, como las de los numerales 14, 17 y 29 de la cláusula tercera del contrato, y en general,

con el cumplimiento del objeto contractual mismo.

Sobre este tema cobra especial importancia lo que manifiestan los testigos, de manera coherente y similar, acerca de la circunstancia particular por la que atravesaba EMVARIAS S.A. E.S.P. relativa al paso para convertirse en filial del GRUPO EPM. Pues bien, no desconoce este Despacho lo indicado por los testigos acerca de las implicaciones del involucramiento operativo¹ del segundo para con el primero, de la pérdida de autonomía de la filial frente a la casa matriz, de la carga laboral y la cierta falta de organización que sufría EMVARIAS S.A. E.S.P. y que retrasaba o afectaba su funcionamiento, empero, todas estas circunstancias propias del medio en el cual se va a ejecutar un contrato deben ser consignadas en un informe elaborado por el supervisor del contrato, deben ser informadas por este al ordenador del gasto, pese a que se de como obvio el hecho de que es este quien lidera el proceso de transformación de la filial del GRUPO EPM. En general, se parte de la idea de que un contrato se firma para su ejecución, pero si el supervisor encuentra que dicha ejecución es demorada, incluso, de difícil realización, debe informarle al ordenador del gasto de la entidad contratante para que éste decida sobre la ruta a seguir. Por ejemplo, se le reprocha en este cargo a la investigada el hecho de que no le informó al ordenador del gasto que, pasados 10 días de la suscripción del acta de inicio del contrato, el contratista no había presentado la solicitud de desembolso en el área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P., generándose desde este mismo momento un inconveniente que ponía en entredicho el cumplimiento del clausulado contractual.

Finalmente, en el SEXTO CARGO, y aquí se recogen los planteamientos de la defensa relativos al quinto cargo que enlistó en los literales a. y b., se reprocha el incumplimiento de la ya mencionada cláusula sexta del contrato 031 de 2015. No se le reprocha en este cargo a la investigada la elaboración de la 1era prórroga y del 1er otrosí, pues es claro para esta Coordinación que a partir del 29 de diciembre de 2015 la supervisión de este contrato fue ejercida por la señora SUSANA RAMÍREZ ORTIZ. En este punto resulta importante sostener que la supervisora del contrato, vigilando y controlando la ejecución del mismo, debió requerir al contratista, quien después de suscrita el acta de inicio, debía solicitar ante el área de contabilidad el desembolso del primer 50%, pues bien, si el contratista presentaba inconvenientes para abrir una cuenta especial en donde depositar dichos recursos, la comunicación con él debió haber sido constante y diligente, siempre tendiente a hacer cumplir las cláusulas contractuales.

Indica la defensa que “[...] mi representada no vislumbró la necesidad de requerir a Teled Medellín para que acelerara el proceso de apertura de la cuenta de ahorros especial y de la presentación de la cuenta de cobro, en la medida en que aún no se había ejecutado ninguna campaña o proyecto publicitario para ese momento [...]” (fl. 224), sin embargo, es claro para el Despacho que la supervisión de este contrato desconoce que es esta figura, y no otra, la llamada a controlar, verificar y velar por el efectivo cumplimiento del clausulado contractual, pues, pese a que es obligación de TELEMEDELLÍN dar apertura de una cuenta de ahorros especial y de presentar solicitud para el desembolso del primer 50% de recursos, esa obligación legal del supervisor velar porque se cumplan todas las cláusulas contractuales, sin discriminar si debe verificar el cumplimiento de aquellas que obligan solo a la entidad contratante; pues como bien lo indica el artículo 1602 del Código Civil Colombiano: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* . De manera que si en el contrato se estipulaba que el primer desembolso se haría una vez suscrita el acta de inicio, surtido el procedimiento relativo a la solicitud a contabilidad, era para que el mismo se hiciera en el momento en el cual se firmó dicha acta, y no en otro momento, y si por cualquier causa, no se cumplía con la obligación contractual, realizar los trámites y actividades necesarias para que se cumpliera, y en caso de que a pesar de mostrar toda la diligencia y agotar las posibilidades para que

¹ Ver Acuerdo de Gobierno del 8 de noviembre de 2013 aportado por la señora VICTORIA LUCÍA CASTRILLÓN VILLAMIZAR (fl. 290 a 302).

ello ocurriera, debía informar al ordenador del gasto, para que este en virtud del manual de contratación de la entidad y del contrato mismo, procediera con las acciones que a bien tuviera, dejando siempre la trazabilidad en el expediente contractual, con el fin de denotar así su conducta proactiva y diligente, propias del ejercicio eficiente de la supervisión.

Se finaliza este apartado indicando que las conductas aquí analizadas atienden a una falta de cuidado que como supervisora le correspondía a la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, de conformidad con el decálogo normativo que a continuación se estudia. De esta forma, el Despacho concluye que la investigada incurrió en falta disciplinaria, por INCUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES, como se estableció anteriormente y en relación al acta de inicio del contrato 031 de 2015 y comprobante de pago N° 9080 del 12 de enero de 2016 (fl. 125).

6.3. Análisis de la tipicidad.

Con respecto a los cargos DEL SEGUNDO AL SEXTO formulados en auto del 22 de septiembre de 2020, se indicó que con apoyo en lo que dispone el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, una falta disciplinaria se entiende como:

“La incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

De esa forma, para concluir que con una actuación se incurre en una falta disciplinaria, es imperioso que la misma se traduzca en el incumplimiento de los deberes, en la extralimitación en el ejercicio de las funciones, en la realización de comportamientos prohibidos o en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, sin que para ello medie una causal de exclusión de responsabilidad de las que prescribe el artículo 28 de la misma normativa.

Tal es la base con arreglo a la cual el Despacho considera que la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZON, con su actuar, lesionó las siguientes disposiciones:

SOBRE EL CARGO SEGUNDO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: *“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negritas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“ [...] Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. [...]

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

*“Funciones de los interventores en los aspectos técnicos y administrativos. Teniendo en cuenta la naturaleza del objeto contratado, corresponde al interventor:
[...] 17. Elaborar, con base en los cortes mensuales o quincenales de obra, las actas de recibo parcial de obra y todos los hechos que sucedan en su ejecución, las cuales suscribirá conjuntamente con el contratista.*

[...] Aspecto legal.

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones. [...]

- *Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales”*

4. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles para el cargo de Coordinador de Comunicaciones:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 16. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.

[...]”

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta de la señora SERNA GARZÓN cuando incumple los deberes que rodean la función de SUPERVISOR del contrato N° 031 de 2015, establecidas, en principio, en la ley 1474 de 2011. El artículo 84 de dicha norma es claro en prescribir que el núcleo esencial de las actividades de supervisión radica en la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, a través de seguimientos de diversas índoles, para el caso concreto, se exigía un control adecuado *de las obligaciones del contratistas* estipuladas en la cláusula tercera numeral 14, configurándose la falta disciplinaria descrita. Estas labores de supervisión además están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, no se supervisó ni controló a cabalidad el cumplimiento de las cláusulas contractuales, siendo este un aspecto fundamental que controlar dentro de la Resolución mencionada, pues si bien la investigada no exigió ni control la emisión del informe cuantitativo y cualitativo con miras a evaluar los resultados de la inversión de la Empresa, tampoco elaboró informes mensuales con los hechos que ocurrieron durante la ejecución de este contrato. Funciones que fueron asignadas a la investigada de manera general en su Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando interno del 04/03/2015 enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se encomienda la supervisión de este contrato a la ex servidora SUSANA RAMIREZ ORTIZ.

SOBRE EL TERCER CARGO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: “Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, **los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“[...] **Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. [...]”

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“[...] **Aspecto legal.**

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones. [...]

- Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales

[...]

Funciones del interventor en el aspecto legal.

[...]

5. Exigir periódicamente al contratista la presentación de los contratos de trabajo, las planillas de afiliación y pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones, seguro de vida o póliza colectiva (cuando a ello hubiere lugar), recibos de pago de salarios y prestaciones sociales y demás conceptos para con sus trabajadores, durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación.

[...]

Aplicación práctica del Aspecto Legal.

[...]

Elaborar informes periódicos sobre el avance en la ejecución contractual y el informe final con los resultados de la ejecución.” (subrayas fuera del texto)

4. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles para el cargo de Coordinador de Comunicaciones:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 16. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.

[...]”

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta de la señora SERNA GARZÓN cuando incumple los deberes que rodean la función de SUPERVISOR del contrato N° 031 de 2015, establecidas, en principio, en la ley 1474 de 2011. El artículo 84 de dicha norma es claro en prescribir que el núcleo esencial de las actividades de supervisión radica en la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, a través de seguimientos de diversas índoles, para el caso concreto, se exigía un control adecuado *de las obligaciones del contratistas* estipuladas en la cláusula tercera numeral 17, configurándose la falta disciplinaria descrita. Estas labores de supervisión además están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, por un lado, no se supervisó ni controló a cabalidad el cumplimiento de las cláusulas contractuales, siendo este un aspecto fundamental que controlar dentro de la Resolución mencionada, pues si bien la investigada no exigió ni controló si el contratista cumplió con el numeral 29 de la cláusula tercera del contrato, por otro lado, tampoco exigió al contratista la presentación de los contratos de trabajo ni del pago a la seguridad social de los trabajadores que desempeñaron sus funciones durante la ejecución del contrato. Funciones que fueron asignadas a la investigada de manera general en su Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando interno del 04/03/2015 enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN, hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se encomienda la supervisión de este contrato a la ex servidora SUSANA RAMIREZ ORTIZ.

SOBRE EL CUARTO CARGO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: *“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“[...] Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. [...]”

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“ Aspecto Financiero.

Objetivo: Verificar la legalidad financiera, de todos los requisitos necesarios desde el inicio del contrato, hasta la liquidación del mismo, de modo que permita realizar un seguimiento económico de todas las transacciones involucradas.

[...]

Funciones: [...]

Funciones	Medios de verificación
Controlar y verificar los rendimientos financieros generados en el contrato [...]	[...] Informes financieros del contratista [...]

[...] Aspecto legal.

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones. [...]

- *Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales*

[...]

Aplicación práctica del Aspecto Legal.

[...]

Elaborar informes periódicos sobre el avance en la ejecución contractual y el informe final con los resultados de la ejecución.” (subrayas fuera del texto)

4. Manual de responsabilidades, resultados y perfiles para el cargo de Coordinador de Comunicaciones:

“V. Responsabilidades específicas.

Descripción de actividades de valor.

[...] 16. Realizar interventorías a los contratos de acuerdo a su perfil, que le sea asignadas.

[...]”

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta de la señora SERNA GARZÓN cuando incumple los deberes que rodean la función de SUPERVISOR del contrato N° 031 de 2015, establecidas, en principio, en la ley 1474 de 2011. El artículo 84 de dicha norma es claro en prescribir que el núcleo esencial de las actividades de supervisión radica en la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, a través de seguimientos de diversas índoles, para el caso concreto, se exigía un control adecuado *de las obligaciones del contratistas* estipuladas en la cláusula tercera numeral 29, configurándose la falta disciplinaria descrita. Estas labores de supervisión además están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, no realizó un seguimiento tendiente a verificar los rendimientos financieros pues, como no exigió los certificados donde consten los pagos hechos en cada mes ni el que verse sobre los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorros constituida para administrar recursos, no cumplió con las funciones establecidas en el Manual Práctico de Interventoría para el aspecto financiero y legal. Funciones que fueron asignadas a la investigada de manera general en su Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando interno del 04/03/2015 enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN, hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se encomienda la supervisión de este contrato a la ex servidora SUSANA RAMIREZ ORTIZ.

SOBRE EL QUINTO CARGO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: “Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, **las leyes**, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, **los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones**, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negrillas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“[...] **Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores.** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. [...]”

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“[...] Aplicación práctica de la interventoría en los aspectos técnicos y administrativos.
[...]

Identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución de los contratos y en la obtención de los productos esperados. [...]

[...]

Aspecto Financiero.

Objetivo: Verificar la legalidad financiera, de todos los requisitos necesarios desde el inicio del contrato, hasta la liquidación del mismo, de modo que permita realizar un seguimiento económico de todas las transacciones involucradas.

[...]

Funciones: [...]

Funciones	Medios de verificación
Llevar el control de los dineros desembolsados durante el desarrollo del contrato [...]	[...] Contrato principal u otrosí Valor de los demás desembolsos, respecto al valor total del contrato [...]
Rendir el informe escrito sobre el comportamiento del contrato.	[...] Cuenta de cobro Ordenes de pago [...]

[...] **Aspecto legal.**

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones. [...]

- Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales

[...]

Aplicación práctica del Aspecto Legal.

[...]

Elaborar informes periódicos sobre el avance en la ejecución contractual y el informe final con los resultados de la ejecución.” (subrayas fuera del texto)

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta de la señora SERNA GARZÓN cuando incumple los deberes que rodean la función de SUPERVISOR del contrato N° 031 de 2015, establecidas, en principio, en la ley 1474 de 2011. El artículo 84 de dicha norma es claro en prescribir que el núcleo esencial de las actividades de supervisión radica en la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, a través de seguimientos de diversas índoles, para el caso concreto, se exigía un control adecuado de las cláusulas contractuales estipuladas puntualmente la sexta, configurándose la falta disciplinaria descrita. Estas labores de supervisión además están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, se autorizó el pago de la factura 320 del 2015/12/10 presentada por TELEMEDELLÍN y pagada por EMVARIAS mediante comprobante de egreso 9080 del 12 de enero de 2016 aun cuando dicho pago debió haberse realizado después de suscrita el acta de inicio, debió haberse requerido al contratista para que este elevara la solicitud de desembolso del primer 50% al área de contabilidad, o informar de esta situación a la Entidad, incumpliendo así las funciones establecidas en el Manual Práctico de Interventoría para el aspecto financiero y legal. Funciones que fueron asignadas a la investigada de manera general en su Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando interno del 04/03/2015, enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN, hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se encomienda la supervisión de este contrato a la ex servidora SUSANA RAMIREZ ORTIZ.

SOBRE EL SEXTO CARGO:

1. Ley 734 de 2002.

Artículo 35. Numeral 1: *“Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

[...]” (negritas del Despacho).

2. Ley 1474 de 2011.

“[...] Artículo 84. facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente. [...]”

3. Resolución N° 409 del 16 de mayo de 2003 “por medio de la cual se adopta el manual práctico de interventoría de Empresas Varias de Medellín E.S.P.”

“ [...] Aplicación práctica de la interventoría en los aspectos técnicos y administrativos.

[...]

Identificar oportunamente posibles dificultades en la ejecución de los contratos y en la obtención de los productos esperados. [...]

[...]

Aspecto Financiero.

Objetivo: Verificar la legalidad financiera, de todos los requisitos necesarios desde el inicio del contrato, hasta la liquidación del mismo, de modo que permita realizar un seguimiento económico de todas las transacciones involucradas.

[...]

Funciones: [...]

Funciones	Medios de verificación
Llevar el control de los dineros desembolsados durante el desarrollo del contrato [...]	[...] Contrato principal u otrosí Valor de los demás desembolsos, respecto al valor total del contrato [...]
Velar porque la ejecución financiera del contrato, se ajuste al plan de acción	[...] Contrato [...]
Rendir el informe escrito sobre el comportamiento del contrato.	[...] Cuenta de cobro Ordenes de pago [...]

[...] **Aspecto legal.**

Objetivo: Supervisar el cumplimiento de las normas, actos administrativos y complemento jurídico que contiene el contrato y demás obligaciones. [...]

- Cumplir y hacer cumplir las cláusulas contractuales
- Informar al jefe o Director del área responsable del proyecto el incumplimiento de las obligaciones contractuales [...]

Aplicación práctica del Aspecto Legal.

[...]

Autorizar el desembolso de acuerdo con lo pactado en el contrato.” (subrayas fuera del texto)

La normativa expuesta resulta transgredida con la presunta conducta de la señora SERNA GARZÓN cuando incumple los deberes que rodean la función de SUPERVISOR del contrato N° 031 de 2015, establecidas, en principio, en la ley 1474 de 2011. El artículo 84 de dicha norma es claro en prescribir que el núcleo esencial de las actividades de supervisión radica en la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, a través de seguimientos de diversas índoles, para el caso concreto, se exigía un control adecuado de las cláusulas contractuales estipuladas puntualmente la sexta, configurándose la falta disciplinaria descrita. Estas labores de supervisión además están especificadas en el manual práctico de interventoría o Resolución 409 del 16 de mayo de 2003, estatuto interno de EMVARIAS S.A E.S.P., que trae especificados los aspectos que un supervisor debe tener en cuenta al momento de realizar su función. En este caso, no autorizó el desembolso del porcentaje de los dineros destinados a la administración de recursos una vez firmada el acta de inicio, ni mucho menos, autorizó lo correspondiente al desembolso una vez ejecutado el 90% del primero, incumpliendo así las funciones establecidas en el Manual Práctico de Interventoría para el aspecto financiero y legal. Funciones que fueron asignadas a la investigada de manera general en su

Manual de responsabilidades, resultados y perfiles, y de forma particular en el memorando interno del 04/03/2015, enviado por la Subdirectora de Contratación a la señora SERNA GARZÓN, hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la que se encomienda la supervisión de este contrato a la ex servidora SUSANA RAMIREZ ORTIZ

6.4. Análisis de la ilicitud sustancial.

El derecho disciplinario comprende el conjunto de disposiciones de carácter sustancial y procesal con apoyo en las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con el propósito de asegurar el correcto funcionamiento y la correcta prestación de los diferentes servicios a su cargo. Para tales fines, dicha normativa establece la denominada *potestad sancionadora del Estado*; institución que se refiere a la competencia que tiene el Estado, en cabeza de los órganos a los que faculta para el ejercicio de la acción disciplinaria, para imponer sanciones disciplinarias y correctivas:

“Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador”².

Para el ejercicio de dicha potestad, concretada en la acción disciplinaria, se ha hecho especial énfasis en el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que: *“El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”³*. Lo anterior, por cuanto el derecho disciplinario se encuentra en la órbita de las funciones propias de los servidores públicos, de manera que el *quebrantamiento del deber funcional* es estructural para definir y delimitar el concepto de *ilicitud sustancial*, puesto que es a su tenor que el operador disciplinario analiza la afectación del deber funcional, en aras de determinar la antijuridicidad de la conducta. Esto, leído bajo los lineamientos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002 implica que una falta es antijurídica cuando *“(…) afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

Sobre ello, se ha enfatizado en que no se trata de la mera infracción a un deber cualquiera, puesto que ello significaría que la ley disciplinaria es un instrumento ciego de obediencia; sino que con el comportamiento desplegado debe generarse una lesión o una puesta en peligro del deber funcional cuestionado, para que la conducta ejecutada sea objeto de reproche disciplinario⁴. De manera que la falta disciplinaria supone la existencia de un deber cuya omisión, incumplimiento o extralimitación genera la respuesta sancionatoria estatal, para el caso que nos ocupa, la *ilicitud sustancial* se predica

² Corte Constitucional. Sentencia C-853 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 96. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Al respecto, pueden consultarse las sentencias C-041 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araújo Rentería y C-452 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En particular, en la última se precisa: *“(…) la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional. En otras palabras, solo podrá adscribirse responsabilidad disciplinaria al servidor público cuando se demuestre, de manera fehaciente, que la acción u omisión afectó el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la ley.*

“(…)”

”[e]n el derecho disciplinario, el contenido de injusticia de la falta se agota en la infracción de los deberes funcionales que le asisten al sujeto disciplinable, es decir, en el desenvolvimiento de actos funcionales sin estricto apego al principio de legalidad que regula sus actos”(subrayas y cursivas originales).

de los cargos SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO Y SEXTO bajo los mismos parámetros, esto es, como quiera que se avizora una supervisión del contrato precaria en cada uno de los cargos mencionados, el análisis de la ilicitud sustancial será transversal a los mismos.

Corolario de lo dicho, la afectación al deber que se reprocha disciplinariamente en esta oportunidad relacionada con una vulneración al principio administrativo de moralidad administrativa, el cual está consagrado en el artículo 209 de la Carta Política colombiana⁵. Dada la importancia de estos principios que orientan la función pública, se estipula en el artículo 4 de la Resolución N° 01 del 15 de marzo de 2010, por la cual se modifica el estatuto interno de contratación de Empresas Varias de Medellín E.S.P (fl. 60 a 66), lo siguiente:

"[...] Artículo 4. Principios que rigen la contratación. El proceso de contratación de la Empresa se regirá por los principios de Eficiencia, Eficacia, Moralidad, Imparcialidad, Celeridad, Economía y Publicidad; en general, por los principios consagrados en los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política."

Tal y como se explicó en sede de formulación de cargos, centraremos la atención en el principio de moralidad administrativa, el cual es comprendido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 643 de 2012 en los siguientes términos:

"[...] hace referencia el constituyente es la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad."

Al referirse al principio de la moralidad en la actividad administrativa, esta Corporación ha sostenido que la misma no corresponde al fuero interno de los servidores, sino a su relación con el ordenamiento jurídico a partir del cual se esperan por la sociedad una serie de comportamientos. En la sentencia C-046 de 1994[13], así lo explicó:

"[...] el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. [...]"

Dado que al supervisor de un contrato le están dadas funciones y labores específicas con respecto al control del mismo, se espera que éste actúe conforme a las disposiciones contractuales (términos de invitación y contrato) y a las normas que regulan la función de supervisión tanto nacional (leyes) como las internas (resolución 409 de 2003 y resolución 024 de 2015), su inobservancia acarrea cuestionamientos acerca de su relación con el ordenamiento jurídico que regula los asuntos referidos a la supervisión de un contrato; afectando, en consecuencia, uno de los principios fundamentales en la contratación estatal, esto es, el principio de responsabilidad, entendido bajo los lineamientos interpretativos de la ley 80 de 1993, que si bien no aplica, en su integridad a Empresas varias de Medellín S.A.E.S.P, si son sus principios aplicables a la actividad contractual de las entidades estatales, así : *"Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato."* Este asunto fue desarrollado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio del 3 de diciembre de 2007, rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715):

⁵ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad.” (Subrayas nuestras)

En suma, el funcionario designado a tomar la supervisión del contrato público no decide sobre el contrato que se lleva a cabo, pero tiene injerencia en las diferentes acciones que se realicen sobre el contrato celebrado, en tanto que está llamado a rendir informes, conceptos, avances, presentándole el estado del contrato el ordenador del gasto y las directivas de la entidad pública (Solano, 2000)⁶. En este orden de ideas, con las conductas reprochadas a la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN se configura en una afectación al deber funcional sin justificación alguna, pues el hecho de que en el momento en el que se ejecutó el contrato 031 de 2015, EMVARIAS S.A. E.S.P. estuviere pasando por un proceso de transformación empresarial, convirtiéndose en filial del grupo EPM, no exime de responsabilidad a la señora SERNA GARZÓN para cumplir con la tarea de velar por el cumplimiento del clausulado contractual, llevar a cabo informes de ejecución, incluso, requerir al contratista o indagar, por lo menos, acerca de la demora en la solicitud que debió hacer una vez suscrita el acta de inicio para proceder con el primer desembolso.

6.5. Análisis de la culpabilidad

La culpabilidad recoge el elemento subjetivo de la responsabilidad, es decir, a la intencionalidad en la actuación del presunto autor del hecho investigado, de cara a la afectación de su deber funcional. En otras palabras, el criterio para determinar la culpabilidad radica en que el sujeto, obligado a actuar conforme a derecho, y con la plena capacidad para hacerlo, se comporta de una manera irregular. Este elemento, que necesariamente debe concurrir para la estructuración de la falta disciplinaria, se encuentra inscrito en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

“(…)

Culpabilidad.

Art. 13 -En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. (…)”

Esto implica que en materia disciplinaria el elemento de la culpabilidad se califica de dos maneras, *dolo* y *culpa*. Sobre este asunto en especial, la Corte Constitucional en sentencias C-181 de 2002, ha señalado que:

“[...] la circunstancia de que las conductas que vulneran el régimen jurídico merezcan sanción sólo cuando se realizan de manera culposa o dolosa no significa que todas las infracciones admitan ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta. La determinación de si un comportamiento puede ser ejecutado a título de dolo o culpa depende de la naturaleza misma del comportamiento. En otros términos, el dolo o la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales. De allí que sea la propia ontología de la falta la que determina si la acción puede ser cometida a título de dolo o de culpa o, lo que es lo mismo, que la estructura de la conducta sancionada defina las modalidades de la acción que son admisibles.

Con todo, el hecho de que las infracciones a la ley puedan ser cometidas, unas a título de dolo, otras a título de culpa, y que esa determinación no provenga más que de la naturaleza o de la ontología de la conducta, no significa que el Estado, en todas las

⁶ SOLANO SIERRA, Jorge Enrique. (2000). Procedimiento contractual estatal aplicado. Bogotá D.C. Doctrina y Ley Ltda.

manifestaciones del derecho sancionatorio, aplique la misma regla de castigo y sancione por igual a quien atenta contra el orden jurídico de manera imprudente que a quien lo hace con la intención positiva de lesionarlo.”

Continúa la Corte Constitucional indicando que existen dos sistemas para la calificar las faltas, *numerus apertus* y *números cerrados o clausus*, el primero, acogido por el derecho disciplinario y según el cual:

“[...] lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan.

Aunque por obvias razones la intención positiva de menoscabar el orden jurídico –el dolo– genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen.

*Es en estas condiciones que se reconoce que la regla aplicable al derecho sancionatorio de los servidores estatales es la del *numerus apertus*. Ya que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento.”*

Así las cosas, se considera que una conducta es *dolosa* cuando se requiere que en su ejecución concurren dos elementos: *“uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*⁷. Dicho de otro modo, esto significa *“(…) que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”*⁸. A lo que la Corte Constitucional agrega:

“Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

“Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de febrero de 2014, Radicado 36.312. M.P. José Luis Barceló Camacho.

⁸ Sentencia T-319A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte se apoya la *“(…) doctrina reiterada de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, según consta en el fallo disciplinario de segunda instancia de Radicado 049-7324-08”*.

actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes”⁹.

Ahora, para que una conducta encaje en la segunda forma de culpabilidad, la *culpa*, se requiere, contrario a lo expuesto en materia de dolo, que el resultado final de la acción no sea el *deseado* por el sujeto, sino que se presente como consecuencia de alguna de las situaciones que detalla el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es, que se incurra en el comportamiento disciplinable por “*ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento*”, como lo demanda la culpa gravísima; o que se concrete la presunta falta por “*inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones*”, presupuesto exigido para la culpa grave.

Como también se indicó en esta providencia, el Despacho no logró vislumbrar en la actuación disciplinaria surtida en desfavor de la ex servidora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN que su conducta se encontrase enmarcada en alguna causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, ni que la misma actuó bajo los postulados del dolo, antes bien, obran en el plenario elementos que dirigen la conclusión del Despacho a que la servidora inobservó los deberes que el eran propios, en calidad de supervisora del contrato 031 de 2015, por lo que tal conducta concluye inevitablemente a afirmar que respecto de los cargos imputados actuó con **CULPA**, la cual se define a partir de las nociones que sobre la misma recoge la normativa civil. En particular, se resalta lo que consagra el artículo 63 del Código Civil, que la distingue en tres modalidades -leve, grave y gravísima- y que la Corte Constitucional sintetiza así:

“Desde una perspectiva distinta pero complementaria a la anterior, la culpa puede tener lugar por imprudencia, impericia, negligencia o por violación de reglamentos. Resultando al punto probable que en el marco del artículo 90 Superior la culpa grave llegue a materializarse por virtud de una conducta afectada de imprudencia, impericia, negligencia o de violación de reglamentos, dependiendo también del grado de intensidad que cada una de estas expresiones asuma en la conducta concreta del servidor público”¹⁰.

Sobre el tema, del cual existe amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial se extracta, por su pertinencia, el siguiente aparte de pronunciamiento emitido por la Procuraduría General de la Nación, en relación con la definición y alcances de la culpa en materia disciplinaria:

“El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 consagra: «En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa».

También la Corte Constitucional en Sentencia C – 187 de 1998¹¹ ha indicado que «el derecho disciplinario es una modalidad del derecho administrativo sancionatorio, por lo que los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandis en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de cada persona investigada se realiza en aras del respecto a los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionatoria.

⁹ Sentencia T-318A de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Para esta idea, la Corte cita: Brito Ruiz, Fernando. Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas. Legis Editores S. A., Cuarta Edición, 2012.

¹⁰ Sentencia C-840 de 2001. M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C – 187 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara

Bajo ese entendido, la Corte ha aceptado el sistema de «numerus apertus en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa – como si lo hace la ley penal -, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan las expresiones tales como a sabiendas, de mala fe, con la intención de etc. Por tal razón el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, el bien tutelado o del significado de la prohibición»¹²

La Corte Suprema de Justicia ha definido la culpabilidad de la siguiente manera: «Entiéndase por culpabilidad la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de la acción y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión».¹³

Así las cosas, en punto del elemento sede de formulación de cargos con **CULPA GRAVE**, pues se considera que existió una inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, como lo indica el parágrafo único del artículo 44 de la Ley 734 de 2002. Dicha modalidad de culpabilidad en materia disciplinaria ha de comprenderse que se produce cuando la persona investigada incurre en la falta por faltar a la diligencia y cuidado que cualquier otro servidor público estando en las mismas condiciones o circunstancias le imprime a sus asuntos, servidor público que estando en las mismas condiciones o circunstancias le imprime a sus asuntos o como asume el ejercicio de sus funciones lo cual, en el caso sub examine, se configura en un incumplimiento de funciones de supervisión.

Así pues, la disciplinada supervisó de manera vaga e incompleta el citado contrato, pues no requirió al contratista una vez se suscribió el acta de inicio para que solicitara a contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P. el desembolso del primero 50% de los recursos, ni mucho menos el 50% restante una vez se hubiere ejecutado el 90% del primer desembolso (SEXTO CARGO). Así mismo, la investigada no observó cuidado alguno al incumplir verificar el cumplimiento de sendas obligaciones del contratista y que fueron expresamente consagradas en el contrato estudiado: el relacionado con el informe cuantitativo y cualitativo (SEGUNDO CARGO), el pago de parafiscales y seguridad social (TERCER CARGO), la presentación del certificado de ejecución mensual ni de rendimientos financieros (CUARTO CARGO), ni informó al ordenador del gasto de posibles dificultades en la ejecución del contrato y en la obtención de los productos esperados (CARGO QUINTO).

6.6. FUNDAMENTACION DE LA CALIFICACION DE LA FALTA

Para determinar la gravedad o levedad de la falta y la forma de culpabilidad en la que incurrió la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, el Despacho debe partir de lo que dispone el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación

¹² Corte Constitucional Sentencia C-155 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³ Procuraduría Regional del Valle del Cauca. Radicación IUS 2013-360661. Dra. Adriana Patricia Barco Ortiz, Procuradora Regional del Valle del Cauca. Febrero 12 de 2016.

al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código”.

Así, partiendo de que la falta cometida corresponde a una de las que consagra este artículo, pues no se encuentra dentro del listado taxativo de faltas gravísimas del artículo 48 de la misma ley, en sede de formulación de cargos fueron expuestos los criterios para concluir que las faltas cometidas por la señora SERNA GARZÓN es de naturaleza **GRAVE** de la siguiente manera:

1. El grado de culpabilidad: Como se indicó en la providencia del 22 de septiembre de 2020, las conductas que se endilgan dan cuenta de que la señora SERNA GARZÓN no vigiló ni supervisó la ejecución idónea y oportuna del objeto del Contrato por parte del contratista, por tanto no podría obtenerse certeza de las reales acciones desplegadas por el contratista para, por ejemplo, abrir una cuenta de ahorros especial y elevar solicitud al área de contabilidad de EMVARIAS S.A. E.S.P. para iniciar con el primer desembolso, durante el tiempo de ejecución del contrato, ni de la consecución de los fines que se buscaban con el contrato y por tal razón, para el despacho su conducta es contraria al principio de responsabilidad contractual, según el cual el servidor público tiene la obligación o deber de vigilar la correcta ejecución de lo contratado, y desconoce el principio constitucional de moralidad de la función pública contenido en el artículo 209 de la C.N., sin que se configuraran los elementos del dolo. Por el contrario, se observa una comisión culposa de la conducta relacionada con la inobservancia de deberes que generó una supervisión precaria del contrato 031 de 2015 para la vigencia 2015.

2. La naturaleza esencial del servicio y grado de perturbación del mismo: El objeto social de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. consiste en prestar el servicio público de aseo, en los componentes de barrido, limpieza y recolección de residuos sólidos urbanos, industriales, comerciales y especiales en áreas públicas, su transporte y su disposición final. En este sentido, la afectación del objeto social de la Entidad no se vio comprometido.

3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución: la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN si ostentaba un cargo que le otorgaba jerarquía y mando al interior de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

4. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado: Como se indicó en el numeral 2, las conductas aquí investigadas no generan trascendencia social, entendida esta como la percepción que tenga la comunidad usuaria de los servicios de aseo que presta la Empresa acerca del funcionamiento de la entidad, por su parte, el perjuicio causado se denota al interior de la organización, así como hacia aquellas personas naturales o jurídicas que entablan vínculos contractuales y/o comerciales con la Emvarias S.A. E.S.P., en este caso con TELEMEDELLÍN, contratista del contrato 031 de 2015.

5. Modalidades y circunstancias en que se cometió la falta: Respecto de la falta cometida por SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, el Despacho considera que la misma no requiere un cuidado especial en su preparación; antes bien, en ella puede incurrirse fácilmente, al no revisar a profundidad los documentos exigidos en los instrumentos contractuales y las disposiciones internas de la Empresa. Aunado a lo anterior no puede dejar de mencionarse que, a la fecha de adopción de la presente decisión, no se evidencia que la conducta desplegada por la investigada haya tenido la intención de aprovechar la confianza depositada, obtener beneficio alguno, ni mucho menos causar un perjuicio a la Empresa, así como tampoco que haya sido cometida por la ex servidora bajo presión o malintencionada inducción en error.

6. Los motivos determinantes del comportamiento: No se observan en la actuación que adelanta el Despacho motivos especiales que determinaran el actuar de la investigada; diferentes a los elementos analizados al momento de precisar la forma de culpabilidad a imputar.

7. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas sean particulares o servidores públicos. No se observa en la presente actuación la injerencia de otros servidores en la ejecución de la conducta investigada.

8. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave: Este criterio no aplica en el presente caso, habida cuenta de que la falta se ha calificado como GRAVE CULPOSA.

Hecho este análisis, en sede de formulación de cargos se concluyó (como se ratifica en esta instancia) que la falta disciplinaria es de naturaleza GRAVE, en esta oportunidad procesal debe indicar este Despacho se valoran a favor de la investigada los numerales 2, 4, 5 y 7, pero que no deben dejar de desconocerse los numerales 1 y 3, y en general, la omisión del ejercicio de las funciones de supervisión contractual tal y como se analizó en el numeral 6.2., hechos que motivan la gravedad de la comisión de la conducta.

7. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado en esta providencia, la falta que se imputa al servidor **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, se califica como GRAVE CULPOSA, atendiendo a los criterios que dispone el artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Ahora bien, el artículo 44 de la Ley *ibídem* señala las sanciones a las que los servidores públicos están sometidos; siendo pertinente, para el caso que se examina, la que dispone en el numeral dos, a cuyo tenor expresa: *“Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas”* (Subrayas del Despacho). A renglón seguido, el artículo 45 de la misma Ley ofrece una definición de las sanciones de que trata el artículo 44; refiriéndose a la *suspensión e inhabilidad especial* en el numeral dos, en estos términos: *“La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo”*.

Adicionalmente, el artículo 46 de la Ley 734 de 2002 consagra que la sanción consistente en suspensión e inhabilidad especial no puede ser inferior a un mes ni superior a doce meses¹⁴; en tanto el artículo 47 de la misma ley dispone una serie de criterios que debe tener en cuenta el operador disciplinario al momento de graduar la sanción, de los cuales se exponen a continuación los pertinentes para la actuación disciplinaria adelantada y de que es objeto esta providencia, por ser los que se deben analizar cuando la sanción consista en la suspensión e inhabilidad especial del servidor:

a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga: la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN no fue sancionada ni fiscal ni disciplinariamente en el marco de los cinco años anteriores a la comisión de la falta que se investiga, como consta en la copia del certificado ordinario de antecedentes

¹⁴ Ley 734 de 2002. *“Artículo 46. Límite de las sanciones. (...) La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial”*.

disciplinarios Nro. 132906323, expedido por la Procuraduría General de la Nación el 30 de agosto de 2019 (fl. 102).

b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función: dentro del proceso disciplinario se logró observar que la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN desempeñó múltiples funciones mientras ejerció la supervisión del contrato 031 de 2015, esto es del 3 de mayo de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015, fecha en la cual se asigna la supervisión de este contrato a otra funcionaria de EMVARIAS S.A. E.S.P., de esta forma, los testigos indican que para la época de los hechos, la señora SERNA GARZÓN trabajaba de buena manera, pese a que la carga laboral era considerable debido al proceso de transformación por el que pasaba la entidad. Así las cosas, este factor debe aplicarse en favor de la disciplinada.

c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero: la investigada no ha atribuido responsabilidad sin fundamento a un tercero;

d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos: la falta no fue confesada por el servidor¹⁵.

e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado: No reposa en el plenario prueba alguna que dé cuenta del cumplimiento de este criterio.

f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso: este elemento no aplica en el presente proceso.

g) El grave daño social de la conducta: No se observa afectación alguna relacionada con el cumplimiento del objeto social de EMVARIAS S.A. E.S.P, es decir, no se afectó la prestación del servicio público de aseo. El daño social se refleja al interior de la organización, así como hacia aquellas personas naturales o jurídicas que entablan vínculos contractuales y/o comerciales con la Emvarias S.A. E.S.P., en este caso con TELEMEDELLÍN, contratista del contrato 031 de 2015.

h) La afectación a derechos fundamentales: con la conducta de la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN no se afectaron derechos fundamentales.

i) El conocimiento de la ilicitud: como se concluyó al examinar el elemento de la culpabilidad, la conducta que se reprocha por parte de la señora SERNA GARZÓN no configura los elementos propios del dolo, antes bien, en ella se logra apreciar el descuido propio de la culpa.

j) Pertener al servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad: la investigada sí pertenece al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

Atendiendo a los lineamientos de las disposiciones expuestas y con base en lo que se ha relatado en esta providencia, es claro como los literales A, B, C, G y H favorecen a la investigada y deben aplicarse como atenuantes de la sanción que debiere imponer este Despacho. Por su parte, los criterios I y J dan cuenta de que la señora SERNA GARZÓN debió imprimir mayor cuidado en el desarrollo de las funciones de supervisión que se le asignaron con ocasión del contrato 031 de 2015 para el año 2015. Es por ello que la sanción a imponer a la señora **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780; y quien para el momento de los hechos se desempeñaba en

¹⁵ Aclarando, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que si bien este apartado de la disposición fija un criterio para dosificación de la sanción, no se convierte en un instrumento de coacción que obligue al disciplinado a declarar contra sí mismo. En ese orden, simplemente se fija un beneficio para la persona que decida hacerlo (Cfr. Sentencia C-280 de 2006. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

el cargo de conductor, adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P., SERÁ LA CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE TRES (03) MESES, que se contarán a partir del momento en el que se emita la resolución haciendo efectiva la sanción por parte del gerente de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.

Finalmente, y si es del caso de que la señora SERNA GARZÓN ya no ostentare la calidad de servidora pública, en el momento en que la presente providencia quede en firme, se debe actuar según lo que señala el inciso segundo del artículo 46 de la misma ley:

“Artículo 46. Límite de las sanciones [...]

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial” (subrayas del Despacho).

En consecuencia, la sanción correspondiente a la naturaleza de las faltas cometidas, y que se graduó en suspensión por el término de tres (03) meses, se convertirá al salario devengado por la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN para el año 2015 que, de acuerdo con la información aportada por el Área de Servicios Corporativos-Nómina era de seis millones doscientos cincuenta y seis mil ochocientos noventa y cinco M.L. (\$6.256.895) mensuales, para un total dieciocho millones setecientos setenta mil seiscientos ochenta y cinco M.L. (\$ 18.770.685), cuyo trámite de cobro será adelantado por la profesional de cartera de la entidad, una vez quede en firme la presente providencia.

Por lo anterior, y con fundamento en lo que dispone el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, el Coordinador de Asuntos Disciplinarios de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P.,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR probado y no desvirtuado el cargo endilgado al servidor **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, quien al momento de cometer la falta disciplinaria se desempeñaba como **JEFE ÁREA DE GESTIÓN OPERATIVA Y COORDINADORA DE COMUNICACIONES ENCARGADA** en **EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.** Lo anterior, de conformidad con lo expuesto a lo largo de la investigación disciplinaria y, especialmente, en el contenido de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER como sanción disciplinaria a la señora **SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, la consistente en **SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE TRES (03) MESES, QUE SE CONTARÁN A PARTIR DEL MOMENTO EN EL QUE SE EMITA LA RESOLUCIÓN HACIENDO EFECTIVA LA SANCION POR PARTE DEL GERENTE DE EMPRESAS VARIAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO TERCERO: De no encontrarse la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, vinculada a algún cargo de la administración pública **CONVIERTASE** la sanción consistente en **SUSPENSIÓN EN EJERCICIO DEL CARGO E INHABILIDAD ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE TRES (03) MESES, AL SALARIO DEVENGADO** por la señora SANDRA LUCIA SERNA GARZÓN para el año 2015 que, de acuerdo con la información aportada por el Área de Servicios Corporativos-Nómina era de seis millones doscientos cincuenta y seis mil ochocientos noventa y cinco M.L. (\$6.256.895) mensuales, **PARA UN TOTAL DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS**

SETENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO M.L. (\$ 18.770.685), cuyo trámite de cobro será adelantado por la profesional de cartera de la entidad, una vez quede en firme la presente providencia.

ARTÍCULO CUARTO: De estar la señora SANDRA LUCÍA SERNA GARZÓN, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 43.597.780, vinculada en algún cargo de la administración pública, **COMUNÍQUESE** de esta decisión al Representante Legal de la entidad o quien haga sus veces, fundamentalmente el artículo segundo de esta providencia, para que proceda con el cumplimiento de la sanción establecida.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente la anterior decisión a la investigada, quien se desempeñaba como servidora público adscrito a Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. y/o a su defensora, de conformidad con lo que dispone el artículo 101 de la Ley 734 de 2002; informándoles a él y a su defensor que contra la misma procede el recurso de apelación, mismo que deberá ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la última notificación, de conformidad con el inciso primero del artículo 111 de la Ley 734 de 2002. Para el efecto, líbrense las respectivas comunicaciones, indicando la decisión tomada y la fecha de la providencia.

En caso de que no pudiere notificarse personalmente en el término que establece la ley, se fijará edicto en los términos del artículo 107 de la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO SEXTO: En firme esta decisión, **remitir** la misma a la profesional de cartera de Empresas Varias de Medellín S. A. E. S. P., enviando la parte resolutive de esta providencia, con su constancia de ejecutoria, para que se cumpla la sanción. Asimismo, **comunicar** a la Personería de Medellín y a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para los fines correspondientes.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Adelantar las demás diligencias de comunicación, notificación y anotaciones que correspondan a este Despacho, para la ejecución y registro de la sanción, de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.

ARTÍCULO OCTAVO: Agotados los trámites procesales y administrativos que pongan fin al presente proceso disciplinario, archívese el expediente con radicado 495 de 2018.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO GERMÁN TOBAR PINEDA
Coordinador de Asuntos Disciplinarios

Proyectó: Sara María Restrepo Arboleda
Revisó, encontró conforme y aprobó: Fabio Germán Tobar Pineda