NÚMERO DE INFORME: OCI-2016-035 (Documento Físico Radicado 2016IE11177)

PROCESO / ACTIVIDAD REALIZADA: *Seguimiento al Cumplimiento de las Funciones Propias del Comité de Conciliación y Defensa Judicial***.**

EQUIPO AUDITOR: Óscar Pulgarín Lara - Profesional Universitario.

APOYO Y ASESORÍA TÉCNICA: Ángela Johanna Márquez Mora - Asesora Contratista.

OBJETIVO(S):

Verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Decreto 1069 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"* (Antes Decreto 1716 de 2009) por parte del Comité de Conciliación de ***TRANSMILENIO S.A****.*

ALCANCE:

El alcance previsto para este trabajo de cumplimiento contempló la evaluación de la gestión del Comité de Conciliación por el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2016.

DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO REALIZADO, RECOMENDACIONES y CONCLUSIONES:

En cumplimiento de lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 2.2.4.3.1.2.12 "*De la acción de repetición"* del Decreto 1069 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"* en el cual se establece que *"La Oficina de Control Interno de las entidades o quien haga sus veces, deberá verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en este artículo"*, la Oficina de Control Interno de ***TRANSMILENIO S.A.*** llevó a cabo la verificación del cumplimiento de las funciones del Comité de Conciliación de la Entidad, fundamentado en el análisis de la información y documentación existente y puesta a disposición de esta dependencia, la observación directa y el resultado de las evaluaciones realizadas previamente, cuyos resultados se presentan a continuación:

CONSIDERACIONES NORMATIVAS:

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 678 de 2001 *"Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*", la acción de repetición es:

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

2. El artículo 2.2.4.3.1.2.2 del Decreto 1069 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"* define el Comité de Conciliación como:

   "(…) una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

   Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

   Parágrafo único. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto".

3. El artículo 2.2.4.3.1.2.12 *"De la acción de repetición"* del Decreto 1069 de 2015 establece (modificado por el decreto 1167 de julio de 2016)*:*

"Los Comités de Conciliación de las entidades públicas deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición.

Para ello, el ordenador del gasto, al día siguiente al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, de una conciliación, condena o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación, para que en un término no superior a cuatro (4) meses se adopte la decisión motivada de iniciar o no el proceso de repetición y se presente la correspondiente demanda, cuando la misma resulte procedente, dentro de los dos (2) meses siguientes a la decisión".

4. El Decreto 690 de 2011 de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *"Por el cual se dictan lineamientos sobre la conciliación y los Comités de Conciliación en Bogotá, D.C."* establece lineamientos sobre la conciliación, los comités de conciliación, entre otros aspectos.

5. ***TRANSMILENIO S.A.*** a través de la Resolución 328 de 2014 integró el Comité de Conciliación y mediante el Acuerdo N° 01 de 2014 expidió el Reglamento Interno del Comité de Conciliación, derogando las Resoluciones 066 del 15 de abril de 2002 y 086 de del 28 de mayo de 2002.

FORTALEZAS:

- El Secretario Técnico del Comité de Conciliación de TRANSMILENIO S.A. dio cumplimiento con la función dispuesta en el artículo 2.2.4.3.1.2.6. del Decreto 1069 de 2015 en su numeral 3, que establece: "*Preparar un informe de la gestión del comité y de la ejecución de sus decisiones, que será entregado al representante legal del ente y a los miembros del comité cada seis (6) meses. (Una copia del mismo será remitida a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)"* a través del envío del Formato Único de Gestión de Comités de Conciliación (FUGC) correspondiente al segundo semestre de 2015 y primer semestre de 2016, los cuales fueron remitidos a la Agencia Nacional de Defensa Judicial mediante correo electrónico dirigido a: estadisticas@defensajuridica.gov.co, los días 14 de marzo y 15 de agosto de 2016, respectivamente.

- Resulta pertinente resaltar la disposición y colaboración prestada por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación de **TRANSMILENIO S.A.**, quien facilitó el desarrollo de este trabajo de cumplimiento mediante el suministro oportuno de la información solicitada.

RESULTADOS DE LA VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES:

De acuerdo con la información suministrada por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación y el análisis realizado por la Oficina de Control Interno en relación con el cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2016, a continuación se presentan los resultados obtenidos:

***1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico*:**

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación mediante correo electrónico del 25 de noviembre de 2016 informó que: "*Se viene ejecutando la política de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico, adoptada en sesión del quince (15) de abril del año 2013, que consta en acta No. 96:(…). Durante el periodo diciembre de 2015 – noviembre 2016, no se han Formulado políticas adicionales de prevención del daño antijurídico.*

Es del caso reiterar, como en ocasiones anteriores se ha manifestado, que la definición de la presente política obedeció al análisis de los casos más reiterados para la entidad frente a los cuales la postura del Comité es la misma al evidenciarse la falta de legitimación en la causa por pasiva por estar involucrados concesionarios del Sistema los cuales deben garantizar la indemnidad de TRANSMILENIO S.A."

Una vez revisadas las actas de reunión de los comités realizados durante el período evaluado, se encontró que en el acta N° 151 del 11 de febrero de 2016, numeral 5 "Varios", sexta viñeta, se registró lo manifestado por la Subgerente Jurídica de la Entidad: *"Se plantea la necesidad de adelantar estudios de viabilidad de definición de políticas de prevención del daño antijurídico*". Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación mediante correo electrónico del 13 de diciembre de 2016 informó *"En cuanto a la definición por parte del Comité de realización de estudios para establecer políticas de prevención del daño antijurídico es uno*

de los pendientes a realizar. Se cuenta con una información preliminar que se reportó en el año 2015 a la Oficina Asesora de Planeación, relacionada con las causas generadoras de conflictos de acuerdo a memorando interno 2015IE7392, no obstante la misma debe complementarse y actualizarse (todas vez que las causas generadoras de conflictos son dinámicas y variables), para allanarse a los requerimientos necesarios para establecer una política de prevención del daño".

De acuerdo con lo anterior, se reitera la observación presentada en el informe anterior OCI-2015-048, numeral 2, en el cual se expresó que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 y lo expresado por la Corte Constitucional C-333 de 1996, la Oficina de Control Interno no considera que la implementación de una política de defensa judicial frente a las conciliaciones extrajudiciales consistente principalmente en aducir la falta de legitimación en la causa por pasiva en atención a que TRANSMILENIO S.A. no es una empresa de transporte, constituya una política de prevención del daño antijurídico, teniendo en cuenta que el mismo se define como el perjuicio provocado a un tercero que no tiene el deber legal de soportarlo, siendo en consecuencia lo adoptado en el acta del comité antes referida cuestión distinta a lo perseguido en la norma.

Igualmente se incumple lo establecido en el numeral 4 del artículo 2.2.4.3.1.2.6 del Decreto 1069 de 2015 en lo relacionado a las funciones del Secretario Técnico del Comité de Conciliación "*Proyectar y someter a consideración del comité la información que este requiera para la formulación y diseño de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses del ente"*.

RECOMENDACIÓN(ES):

Verificar, analizar y estudiar los antecedentes de las reclamaciones que históricamente han sido presentadas ante el Comité de Conciliación y con base en esta información determinar las posibles políticas de prevención del daño antijurídico que en un escenario de análisis de riesgos constituyen la consecuencia de la materialización de los mismos dentro de la actividad desarrollada por la Entidad, tal como se estableció en el comité celebrado el 11 de febrero de 2016 (Acta N° 151).

2. <u>Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.</u>

El Secretario Técnico del Comité de Conciliación informó mediante correo electrónico del 25 de noviembre de 2016 que *"Durante el periodo diciembre de 2015 – noviembre 2016, no se han diseñado políticas generales que orienten la defensa judicial, por cuanto la política adoptada en 2013 tiene inmersos criterios para la defensa judicial integral de la Empresa como la vinculación de aseguradoras o concesionarios en sede prejudicial y en sede judicial con los llamamientos en garantía*.".

Una vez revisada la política en mención, la cual fue adoptada en sesión del 15 de abril del 2013 tal como consta en acta de reunión N° 96 que reza "*Por unanimidad se decide adoptar como política de defensa judicial aplicable a las Conciliaciones Extrajudiciales en los casos en que sea vinculado TRANSMILENIO S.A. a reclamaciones derivadas de accidentes de tránsito ocasionados por vehículos de los concesionarios y en las citaciones a Conciliaciones Penales con ocasión de lesiones culposas en que estén involucrados vehículos de propiedad de concesionarios vinculados al Sistema TRANSMILENIO, autorizar al apoderado de la Entidad para NO CONCILIAR POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA por no ser Empresa de Transporte, no ser dueña del vehículo, no ser afiliadora del vehículo, ni empleadora del conductor.*

De igual forma se decide instruir al apoderado de la Entidad para que en los casos de citación a conciliación en que no hubieren sido convocados el operador, la compañía aseguradora que expidió el SOAT del vehículo y la que otorgo póliza de responsabilidad extracontractual dentro del marco del contrato de concesión para la operación del servicio de transporte, proceda a solicitar al Ministerio Publico y/o a la autoridad competente, que sean vinculados a la Convocatoria a Conciliación y expondrá la presente política en la audiencia haciendo entrega de la Certificación Secretarial correspondiente. (…)", la Oficina de Control Interno advierte que por las características de la misma, ésta se puede enmarcar dentro del presupuesto normativo que exige el establecimiento de directrices y políticas tendientes a defender los intereses patrimoniales de la entidad en los eventuales procesos que se adelanten por responsabilidad civil derivada de la operación del sistema, no obstante, en la revisión de las actas del Comité de Conciliación del periodo objeto de evaluación, no se

encontró evidencia de la revisión de la pertinencia y aplicabilidad de la política vigente en relación a los posibles cambios que se hubieren presentado en el contexto legal y jurisprudencial.

RECOMENDACIÓN(ES):

Revisar la pertinencia y aplicabilidad de la política adoptada en el año 2013 en relación a los posibles cambios que se hubieren presentado en el contexto legal y jurisprudencial, y de ser necesario realizar los ajustes que sean necesarios.

3. ***Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.***

Según información suministrada por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación en la respuesta suministrada con el tema, el 25 de noviembre de 2016 mediante correo electrónico, la cual refiere: *"No se ha realizado lo preguntado durante el período diciembre de 2015 – noviembre 2016 de manera puntual, pero frente a temas recurrentes como ha ocurrido en la presente vigencia con las demandas promovidas por ex trabajadores de ANGELCOM a quienes se les vinculó a través de la Cooperativo de Trabajo Asociado ADETEK se realizó por solicitud del Comité de Conciliación el análisis Jurisprudencial frente al eventual impacto de la figura de la solidaridad, del cual anexamos copia.*

Adicionalmente, se realizó un análisis de los arbitramentos del IDU, Convenio 20 de 2001 y la condición de parte o no de nuestra entidad, que se presentó según acta 171 de agosto de 2016 de lo cual se anexan copias".

Pese a que se realizó estudio respecto de los procesos laborales promovidos por ex trabajadores de ANGELCOM, la Oficina de Control Interno considera que no se está dando cumplimiento a esta función por cuanto al revisar las actas del periodo auditado, en las

mismas se presentaron otros casos, tales como: Incumplimiento de los operadores en el pago de las rentas, no pago de IDU por compras de predios, muerte por accidentes de tránsito, entre otros, que son recurrentes y que al igual que el caso mencionado por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación deben ser analizados como lo indica el numeral 4 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

RECOMENDACIÓN(ES):

Dar cumplimiento a esta función, tal como lo indica el numeral 2 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, para que se puedan presentar los correctivos necesarios y minimizar la ocurrencia de los hechos presentados que dan origen a procesos judiciales. Así mismo, evaluar los tipos de daños y deficiencias de actuaciones procesales de los apoderados y aplicar los correctivos correspondientes.

4. ***Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto*.**

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación informó: "*Durante el periodo diciembre de 2015 – noviembre 2016, no se han fijado directrices particulares frente al tema, pero es del caso señalar que en los casos en los que se acudió a mecanismos como la transacción o la conciliación, el lineamiento del Comité al avalar las propuestas se busca favorecer los intereses patrimoniales de TRANSMILENIO S.A. y la prevalencia del interés general****".***

No obstante, considera la Oficina de Control Interno que la respuesta recibida no permite concluir el cumplimiento del mandato expresamente señalado en la norma, debido a que la fijación de directrices institucionales corresponde a aquellas orientaciones, pautas y determinaciones del Comité frente a los mecanismos alternos de conflicto sin perjuicio de los especiales para cada caso particular. Así mismo, la protección de los intereses patrimoniales de la Entidad y la prevalencia del interés general son cuestiones de permanente observación en todos los casos en los que se analicen reclamaciones o procesos contra la Entidad.

RECOMENDACIÓN(ES):

Fijar las directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo que den cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1069 de 2015, numeral 4 del artículo 2.2.4.3.1.2.5. Igualmente, ratificar si es procedente, la aplicación de la misma política establecida en el 2013 frente a las conciliaciones, de acuerdo a los casos particulares que se han presentado y si existe algún cambio normativo o de la jurisprudencia que haga meritorio tal cambio de postura.

5. ***Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada***.

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación informó: *"(…) que en cumplimiento del numeral "5." del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 del año 2015, el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de nuestra Entidad en sus sesiones ordinarias y extraordinarias ha venido cumpliendo su función de: "…Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación…" y de igual manera, de acuerdo al contenido de la ficha técnica de estudio de la conciliación que es diligenciada en Siproj por parte del apoderado dentro de la actuación, en cada tema en particular se analizan "….las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada….", en los casos en que se cuenta o se identifica en las fichas técnicas respectivas la jurisprudencia que eventualmente sea aplicable al caso concreto objeto de estudio.*

En este sentido en el orden del día de cada una de las convocatorias se incluyen, entre otros, los casos que reportan los abogados de Defensas Judicial que requieren de estudio de

procedencia de conciliación judicial o extrajudicial, los cuales se debaten en la sesión respectiva donde se fija la posición institucional sobre el particular.

*Lo anterior puede ser verificado en todas y cada una de las actas de sesiones del Comité de Conciliación, celebradas dentro del período auditado, las cuales ya hemos entregado dentro de la presente Auditoría de la Oficina de Control Interno, en el aparte de "**Presentación de casos**".*

En las actas revisadas por la Oficina de Control Interno se encontró evidencia de la evaluación de la procedencia o improcedencia de la conciliación, en éstas se establecieron los parámetros para que el apoderado actuara en las audiencias de conciliación e igualmente se analizaron las pautas jurisprudenciales.

6. ***Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición e informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición.***

Según lo manifestado por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación en correo electrónico recibido el 25 de noviembre de 2016 "*En el período comprendido entre el mes de diciembre de 2015 – noviembre 2016, han tenido lugar las siguientes evaluaciones de los procesos terminados con fallo condenatorio a efecto de determinar la procedencia de la acción de repetición; en donde para tal fin, el ordenador del gasto, al día siguiente del pago total del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad:*

ACTA N° 153 (FEBRERO 25), página 7 en adelante.

Presentación de ficha de Acción de Repetición No. 10.

Nro. de proceso 2008-00059

Tipo de proceso REPARACION DIRECTA

Fecha de los hechos

Despacho actual TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

- SECCIÓN TERCERA SUBSECCION A

Abogado a cargo Dr. (a). MARIA CRISTINA OTALORA MANCIPE

ACTA N° 155 -2016 (MARZO 10). Página 34 en adelante.

Presentación de ficha de Acción de Repetición No. 12. Nro.

Radicación de proceso 2013-02410

Tipo de proceso TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Fecha de los hechos 2008-06-03

Despacho actual CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

Abogado a cargo Doctor NELSON ALBERTO BARRERA GONZÁLEZ"

a) De acuerdo con lo anterior, la Oficina de Control Interno verificó con la Subgerencia Económica los pagos efectuados por TRANSMILENIO S.A. en relación a las sentencias proferidas durante el periodo evaluado, encontrando que efectivamente se realizaron los mencionados pagos, así:

N° Radicación Proceso	Proceso	Valor Condena	Fecha Pago
2012-00010	Reparación Directa	$ 7.240.000	31-Mar-2015
2008-00059	Reparación Directa	$ 862.082.205	11-Dic-2015
2013-02410	Tribunal de Arbitramento	$ 6.093.064.891	14-Dic-2015

b) En lo relacionado con los tres (3) pagos descritos anteriormente, no se encontró evidencia del envío del acto administrativo y sus antecedentes al día siguiente del pago total del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, al Comité de Conciliación por parte del ordenador del gasto.

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación manifestó mediante correo electrónico del 9 de diciembre de 2016 lo siguiente *"Informo que para proceder a realizar los estudios relacionados con la procedencia o no de la Acción de Repetición derivadas de condenas impuestas a TRANSMILENIO S.A. o conciliaciones celebradas y aprobadas, se cumple con dicha actividad, en los siguientes términos:*

1. *Una vez que se notifica y tiene lugar la ejecutoria de un fallo condenatorio contra TRANSMILENIO S.A. o tiene lugar la ejecutoria de la providencia que aprueba la conciliación se proyecta por parte de la Subgerencia Jurídica el acto administrativo con el cual se adoptan las medidas relacionadas con el cumplimiento, para la firma de la Subgerencia General (Delegado por Resolución de delegación de funciones No. 143 del dos (02) de marzo de 2016 suscrita por la Gerencia General).*

2. *La Resolución anteriormente mencionada se comunica por parte de la Subgerencia Jurídica a la Subgerencia Económica para el trámite del pago, y a las áreas involucradas en el caso.*

3. *La Subgerencia Económica una vez surtidos sus trámites internos realiza el pago.*

4. *Realizado el pago la Subgerente Jurídica asigna el abogado quien debe hacer estudio de procedencia o no de la Acción de Repetición, quien realiza el mismo diligenciando la ficha técnica correspondiente en SIPROJ con los antecedentes de pago que se solicitan a la Subgerencia Económica.*

5. *El abogado designado reporta a la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación, la Ficha Técnica de estudio de procedencia de Acción de Repetición la cual se incluye en la siguiente sesión del Comité de Conciliación y Defensa Judicial.*

6. *El Comité de Conciliación y Defensa Judicial escucha el estudio del caso, delibera y acoge o no la recomendación que se hiciere en el mismo".*

c) Como resultado de la verificación de las Actas del Comité de Conciliación, se observó que dicho comité evaluó y determinó no dar inicio a la acción de repetición en los tres (3) casos mencionados, tal como se registra en las actas N° 137 del 9 de julio de 2015 (Caso María Beatriz Madrid Hernández), 153 del 25 de febrero de 2016 (Proceso Alicia Gómez de Lutz) y N° 155 de 10 de marzo de 2016 (Proceso Somos K).

d) A la fecha de corte del presente informe (30 de noviembre de 2016), no se encontró evidencia del envío de la providencia condenatoria, la prueba del pago y el fundamento de la decisión en los casos en que se decidió no instaurar la acción de repetición, al coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, respecto de los tres (3) procesos en mención.

No obstante, mediante radicado 2016EE20093 de 6 de diciembre de 2016, la Subgerencia Jurídica remitió a la Procuraduría General de la Nación los documentos de estudios de procedencia de acción de repetición correspondientes a los procesos 2008-00059 y 2013-02410.

Es importante resaltar que, teniendo en cuenta que la caducidad de repetición es de dos (2) años (tal como lo indica el artículo 11 de la Ley 678 de 2001), es de absoluta relevancia que las decisiones de no iniciar acción de repetición sean remitidas oportunamente al Ministerio Público antes de la fecha de caducidad de la acción y en todo caso en un término anterior que sea prudente y consecuente al eventual caso en que la Procuraduría General de la Nación determine que se debe iniciar tal acción.

Por lo anteriormente descrito, no se encontró evidencia del cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1069 de 2015 en lo relacionado con:

Numeral 6 del artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones del Comité de Conciliación *"(…) informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las correspondientes decisiones anexando copia de la providencia*

condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión en los casos en que se decida no instaurar la acción de repetición."

Numeral 5 del artículo 2.2.4.3.1.2.6 Funciones de la Secretaría Técnica *"Informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo acerca de las decisiones que el comité adopte respecto de la procedencia o no de instaurar acciones de repetición"*

Artículo 2.2.4.3.1.2.12 *"(…) el ordenador del gasto, al día siguiente del pago total del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad, deberá remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación (…)"*.

RECOMENDACIÓN(ES):

El Ordenador del gasto debe remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación al día siguiente del pago total del capital de una condena, de una conciliación o de cualquier otro crédito surgido por concepto de la responsabilidad patrimonial de la entidad.

Una vez se analice y determine la procedencia de la acción de repetición, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación debe informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, las decisiones tomadas con sus respectivos soportes.

7. Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición.

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación en correo electrónico recibido el 25 de noviembre de 2016, informó: *"No ha tenido lugar dentro del período"*, no obstante como resultado de la revisión de las actas del Comité de Conciliación, no se encontró evidencia de la evaluación realizada por dicho comité en relación a la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía de los cinco (5) procesos que se relacionan a continuación:

Número de Proceso	Acta de Comité de Conciliación
2015-000001	150 de 2016
2015-27748	151 de 2016
2015-01515	153 de 2016
2013-00524	165 de 2016
2016-02356	173 de 2016

Dichos soportes fueron solicitados al Secretario del Comité de Conciliación, quien mediante correo electrónico del 15 de diciembre de 2016 contestó lo siguiente:

"Doy respuesta al interrogante formulado precisándole que en los casos que relaciona no tuvo lugar el llamamiento en garantía con fines de repetición figura que es diferente a el ejercicio de la Acción de Repetición (artículo 142 inciso segundo del CPACA), en razón a que esta figura lo que busca es ejercer anticipadamente dentro de cada proceso una eventual repetición contra los funcionarios (se pretende que el llamado responda dentro del mismo proceso de responsabilidad que se adelante contra el estado), lo cual requiere que al momento de la contestación de la demanda se cuente con soportes o evidencias muy sólidas sobre una presunta responsabilidad de una actuación antijurídica dolosa o gravemente culposa de los funcionarios públicos y/o contratistas involucrados en la actuación que dio lugar a cada proceso, para que se determine su responsabilidad administrativa dentro del mismo proceso en que somos demandados, lo cual no sea evidenciado en los casos en mención.

De contera hacer dichos llamamientos sin el presupuesto en mención es poner en riesgo una futura acción de repetición, toda vez que no se puede vulnerar el principio de nom bis in dem (Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho).

Sobre el particular encontramos la siguiente doctrina, que se puede consultar en el siguiente link http://www.gerencie.com/caracteristicas-del-llamamiento-en-garantia-con-fines-de-repeticion.html, por internet:

"…El llamamiento en garantía con fines de repetición es una figura del derecho contencioso administrativo que pretende que se haga comparecer al proceso a un servidor, ex servidor público o particular que ejerza funciones públicas según el caso, ***cuando por consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de este****, el estado haya sido demandado a reparar perjuicios y se encuentre en la posibilidad de ser condenado.*

La ley 1437 de 2011 señala el llamamiento en garantía en el inciso segundo del artículo 142, dicho inciso establece lo siguiente:

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

El llamamiento en garantía con fines de repetición se caracteriza por lo siguiente:

- *La pretensión se interpone como una solicitud dentro del mismo proceso que se adelante en contra de la entidad pública.*
- *Por remisión expresa de la ley 1437 del 2011 se encuentra regulado por la ley 678 de 2001.*
- *No podrá efectuarse el llamamiento en garantía con fines de repetición cuando la entidad ha alegado como excepciones; culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor; ya que con estas excepciones se está tratando de demostrar la no responsabilidad.*
- *Con este se busca que el llamado antes de que el estado sea condenado demuestre que no obro con dolo o que la condena no fue consecuencia de su conducta gravemente culposa.*
- *Debe ser solicitado antes del periodo probatorio con el fin de que el llamado en dicho periodo también pueda hacer uso de su derecho de defensa, aportando, solicitando y participando en la práctica de las pruebas que se hayan solicitado por la entidad y el demandante.*

- *En la misma sentencia se resolverá la responsabilidad del estado y la del llamado frente a este.*

  (…)".

Por otra parte y en adición a lo anterior destacamos:

1. *Que el proceso 2015-000001 es un arbitramento generado por un contrato de Interventoría del IDU dentro del marco del Convenio 20 de 2001, en que quienes actuaron son funcionarios del IDU y por ende quien eventualmente tuvo la legitimación para hacer dicho llamamiento en su momento fue el IDU y por ende no estamos legitimados para dar aplicación a dicha figura.*

2. *Que el radicado 2015-27748 corresponde a una convocatoria a conciliación extrajudicial presentada por la señor GLADYS MARÍA ROPERO TORRADO, convocada ante la Procuraduría Judicial Administrativa Delegada ente los Jueces Administrativos, que es una instancia previa al proceso donde no tiene cabida dicha figura de llamamiento en garantía con fines de repetición.*

3. *Que el radicado 2015-01515 es un tribunal de arbitramento convocado el Concesionario Ciudad Móvil, en que no se reunieron las condiciones para aplicar la figura tal como ya hemos expuesto.*

4. *El proceso de Reparación Directa 2013-00524, promovido por MIGUEL ANGEL MURILLO, que trata de un accidente de tránsito en que está involucrado un bus de propiedad de un concesionario de la prestación del servicio público de transporte dentro del sistema, en dónde se llama en garantía a la aseguradora de la póliza de responsabilidad civil extracontractual del contrato y el concesionario de conformidad con el contrato de Concesión tiene obligación de Indemnidad para con TRANSMILENIO S.A., lo anterior en adición a lo que ya hemos al inicio expuesto en relación con la figura.*

5. *El radicado 2016-02356 corresponde a una convocatoria a conciliación extrajudicial presentada por la señor WILLIAN FERNANDO SÁNCHEZ ROCA, convocada ante la Procuraduría Judicial Administrativa Delegada ente los Jueces Administrativos, que es*

una instancia previa al proceso donde no tiene cabida dicha figura de llamamiento en garantía con fines de repetición."

Por lo anteriormente expuesto, la Oficina de Control Interno considera que no se está dando el cumplimiento a lo estipulado en el numeral 7 del artículo 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015 que reza "*Determinar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía con fines de repetición"*, puesto que si bien se ha determinado que no es procedente, en ninguna de las actas se observaron los análisis realizados como fundamento para llegar a tal conclusión.

RECOMENDACIÓN(ES):

Analizar la procedencia o improcedencia del llamamiento en garantía para cada uno de los procesos en los cuales TRANSMILENIO S.A. es parte, documentando de forma amplia y suficiente los análisis realizados y dejando evidencia de los mismos en las actas respectivas.

8. Definir los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.

Al respecto, el Secretario Técnico del Comité de Conciliación informó el 25 de noviembre de 2016 que: "*Para la selección, de los abogados externos se estableció la Circular 002 de 2016 relacionada con los parámetros para la contratación por prestación de servicios en la cual se toman en cuenta los criterios de Formación Profesional y Experiencia. Adicionalmente, la alta gerencia define de acuerdo a la complejidad e impacto del proceso el tipo de apoderado que ejercerá la defensa de los intereses de la Entidad (Persona Natural o Firma experta)".*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Oficina de Control Interno considera que no se está dando cumplimiento a la obligación estipulada en el Decreto 1069 de 2015, puesto que la circular en mención no establece criterios para la selección de abogados externos para la defensa judicial de la Entidad y no se encontró evidencia en las actas de reunión del Comité de Conciliación donde se definieran dichos criterios. No obstante, en el ítem 2 del numeral 5 "Varios" del acta N° 151 del 11 de febrero de 2016 se registra que *"Es necesario definir el*

perfil de los abogados externos a contratar para la Defensa Judicial de la Entidad", lo cual fue corroborado por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación, quien manifestó mediante correo electrónico del 13 de diciembre de 2016 que: *"Tal como hemos venido informando los perfiles individuales se vienen plasmando en los Estudios Técnicos previos de la contratación. En cuanto a la definición por parte del Comité es uno de los pendientes a realizar"* (Subrayado fuera de texto).

Es importante resaltar que esta observación es recurrente y fue reportada por la Oficina de Control Interno en el informe anterior (OCI-2015-048).

RECOMENDACIÓN(ES):

Corresponde al Presidente del Comité de Conciliación (o su delegado) designar el responsable encargado de la elaboración de una propuesta de perfiles y criterios de selección de los abogados externos para la defensa judicial de la Entidad, la cual debe ser posteriormente sometida a consideración del Comité de Conciliación.

9. Designar al funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un profesional del Derecho.

El nombramiento del titular de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación (Profesional Especializado Grado 6 de Defensa Judicial) y la figura del Secretario Suplente (Profesional Universitario Grado 4 de Asuntos Legales) tuvo lugar en el Comité de Conciliación realizado el 5 de abril del año 2013, tal como consta en Acta N° 95 numeral 7°, así mismo en el parágrafo 3° del artículo 1° del Acuerdo N° 01 del 18 de junio de 2014 se ratificó la designación del Secretario Técnico.

10. Dictar su propio reglamento.

En sesión del Comité de Conciliación N° 119 realizada el 12 de junio de 2014, se estudió y aprobó el proyecto de modificación del Reglamento Interno del Comité acorde con la normatividad vigente, el cual fue adoptado mediante el Acuerdo N° 01 del 18 de junio de 2014.

CONSIDERACIONES ADICIONALES:

1. Reuniones del Comité de Conciliación:

Verificado el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.4.3.1.2.4. del Decreto 1069 de 2015 “Sesiones y Votación” y la revisión de las actas suscritas, la Oficina de Control Interno observó lo siguiente:

N°	MES	FECHA	NÚMERO DE ACTA	REUNIÓN	OBSERVACIONES SIPROJ WEB
1	DICIEMBRE	15/12/2015	148	Ordinaria	En proceso
2	ENERO	19/01/2016	149	Extraordinaria	En proceso
3		28/01/2016	150	Ordinaria	En proceso
4	FEBRERO	11/02/2016	151	Ordinaria	En proceso
5		15/02/2016	152	Extraordinaria	En proceso
6		25/02/2016	153	Extraordinaria	Terminada
7	MARZO	03/03/2015	154	Extraordinaria	En proceso
8		10/03/2015	155	Ordinaria	En proceso
9		18/03/2016	156	Extraordinaria	En proceso
10	ABRIL	07/04/2016	157	Extraordinaria	En proceso
11		14/04/2016	158	Ordinaria	En proceso
12		27/04/2016	159	Extraordinaria	En proceso

N°	MES	FECHA	NÚMERO DE ACTA	REUNIÓN	OBSERVACIONES SIPROJ WEB
13	MAYO	05/05/2016	160	Extraordinaria	En proceso
14		12/05/2016	161	Ordinaria	En proceso
15		18/05/2016	162	Extraordinaria	En proceso
16		23/05/2016	163	Extraordinaria	En proceso
17		26/05/2016	164	Ordinaria	En proceso
18	JUNIO	07/06/2016	165	Extraordinaria	En proceso
19		16/06/2016	166	Extraordinaria	En proceso
20		23/06/2016	167	Ordinaria	En proceso
21	JULIO	14/07/2016	168	Ordinaria	Terminada
22		21/07/2016	169	Extraordinaria	En proceso
23	AGOSTO	11/08/2016	170	Ordinaria	En proceso
24		25/08/2016	171	Ordinaria	En proceso
24	SEPTIEMBRE	15/09/2016	172	Ordinaria	En proceso
26		27/09/2016	173	Ordinaria	En proceso
27	OCTUBRE	13/10/2016	174	Ordinaria	En proceso
28		27/10/2016	175	Extraordinaria	En proceso
29	NOVIEMBRE	10/11/2016	176	Ordinaria	En proceso
30		21/11/2016	177	Extraordinaria	En proceso

a) Para el mes de diciembre de 2015, no se encontró evidencia de la realización de las dos (2) reuniones mensuales requeridas según el artículo 2.2.4.3.1.2.4. del Decreto 1069 de 2015 “Sesiones y votación”.
b) Realizada la verificación del estado de las actas de dicho comité en el aplicativo SIPROJ WEB, se observó que de las treinta (30) actas suscritas durante el período objeto de análisis, dos (2) se registran en estado “Terminada” y las restantes veintiocho (28) “En proceso” debido a que el proceso de levantamiento y aprobación de las actas no se ha finalizado.

RECOMENDACIÓN(ES):

Convocar y realizar mínimo dos (2) reuniones mensuales del Comité de Conciliación en virtud de lo establecido en la normatividad aplicable.

Finalizar el proceso de cargue de las actas del Comité de Conciliación en el Sistema de Información de Procesos Judiciales de Bogotá D.C.- SIPROJWEB.

2. Indicador de Gestión:

Como resultado de la verificación de los indicadores de gestión del subproceso Defensa Judicial, no se encontró evidencia del establecimiento de indicadores de prevención del daño antijurídico tal como lo establece el artículo 2.2.4.3.1.2.7. del Decreto 1069 de 2015, observación que es recurrente y que fue reportada en los dos informes anteriores (OCI-2014-042 y OCI-2015-048).

Sobre el particular, el Secretario Técnico del Comité informó en correo electrónico del 13 de diciembre de 2016 *“El Comité de Conciliación retomó el tema del establecimiento de indicador de gestión para la prevención del daño antijurídico, en el tema de varios del acta No. 151 del 11-02-2016, en que se expuso:*

“...- Definición de indicadores de Gestión (Que el Comité estudie la viabilidad de tomar como indicador de prevención del daño antijurídico la asesoría permanente de la Subgerencia Jurídica en el trámite de los derechos de petición y disminuir el número de

Acciones de Tutela. Se solicita a la Doctora Gemma Edith que revise si es viable establecer un indicador sobre este tema y ver la posibilidad de diseñar un mecanismo de control en relación con el trámite oportuno de los derechos de petición….".

A la fecha no se ha recibido en la Secretaría Técnica del Comité información sobre el estado de avance del tema. La doctora Gemma Edith Lozano ya no es funcionaria de TRANSMILENIO S.A. Se compulsa copia de la presente respuesta al doctor José Guillermo del Rio quien es el nuevo Director Administrativo para lo de su cargo, estado de avance, retomar la actividad o lo que sea del caso".

RECOMENDACIÓN(ES):

Estructurar, formalizar y realizar la medición del indicador de gestión de prevención del daño antijurídico a fin de dar cumplimiento a la normatividad mencionada.

3. Inconsistencias Pago Proceso Elizabeth Vargas Linares

En la revisión realizada al acta N° 158 de abril 14 de 2016 en el numeral 4. "Varios" se encontraron novedades referentes al proceso de reclamación realizado por la señora ELIZABETH VARGAS LINARES relacionado con un accidente en la estación Venecia que tuvo lugar el día 6 de febrero de 2014 en lo relacionado con:

a) En dicha acta, la Subgerente Jurídica Indicó: *"(…) es un tema que no es procedente traerlo al comité por cuanto es un aspecto que corresponde al contrato de seguros.*

Debatido el tema el comité de Conciliación decide que entre Administrativa y la Subgerencia Jurídica revisen el tema y adelanten el trámite que hubiere lugar en relación con el contrato de Transacción. (…)".

Situación que incumple lo establecido en el artículo aartículo 2.2.4.3.1.2.2. del Decreto 1069 de 2015 que establece: "*Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.*

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos*, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité."* (Resaltado fuera del texto original).

b) No se encontró evidencia de las firmas por parte de TRANSMILENIO S.A, y Allianz Seguros S.A. en el contrato de Transacción del Siniestro N° 26547589 cuya Póliza es la N° 2121, por el contrario dicho documento de transacción únicamente registra la firma de la reclamante, incumpliendo lo establecido en el Código Civil:

"*ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCION. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.*

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

(…) 3o.) Por la transacción."

"ARTICULO 2469. DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual."

"ARTICULO 2470. CAPACIDAD PARA TRANSIGIR. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción."

"ARTICULO 2471. PODER QUE PERMITE AL MANDATARIO TRANSIGIR. Todo mandatario necesita de poder especial para transigir.

En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir."

"ARTICULO 2484. PERSONAS QUE AFECTA LA TRANSACCION. La transacción no surte efecto sino entre los contratantes (…)"

c) El valor pagado por la aseguradora de acuerdo con el contrato de transacción supera el monto establecido en el esquema de liquidación emitido por la firma DG Asesores Ltda. Ajustadores Profesionales de fecha 9 de noviembre de 2015 (tal como se describe más adelante) y en la Resolución N° 328 del 16 de Mayo de 2016 de la Dirección Administrativa de TRANSMILENIO S.A. "Por medio de la cual se ordena un pago de deducible a la Señora ELIZABETH VARGAS LINARES" que en su parte considerativa estableció:

"Que en atención al siniestro ocurrido a la Sra ELIZABETH VARGAS LINARES, ALLIANZ SEGUROS S.A. pago a la afectada la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS M/CTE ($5.865.773)"

RESPONSABLE	VALOR LIQUIDADO	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
Aseguradora	$ 5.865.773	$ 5.913.773	$ 48.000
TRANSMILENIO S.A. (Deducible)	$ 1.848.000	$1.848.000	--
TOTAL	$ 7.713.773	$ 7.761.773	$ 48.000

RECOMENDACIÓN(ES):

Llevar a Comité de Conciliación todos los casos, tales como las transacciones y las conciliaciones para dar cumplimiento a la normatividad aplicable.

Generar un control (lista de chequeo) para la verificación del cumplimiento de los requisitos mínimos de estos contratos como son la identificación de las partes, la suscripción del documento, los valores pagados.

CONCLUSIONES:

Como resultado de este ejercicio, resulta pertinente concluir el cumplimiento parcial de las obligaciones establecidas en el Decreto 1069 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho"* (Antes Decreto 1716 de 2009) por parte del Comité de Conciliación de ***TRANSMILENIO S.A***.

Se recomienda al Presidente del Comité de Conciliación (o su delegado) gestionar el establecimiento de un Plan de Mejoramiento que permita subsanar a la mayor brevedad posible los diferentes aspectos observados, especialmente aquellos que han sido reportados de forma reincidente.

La Oficina de Control Interno verificará las acciones emprendidas por el Comité de Conciliación de ***TRANSMILENIO S.A.*** con ocasión de este informe.

Bogotá D.C., 23 de diciembre de 2016.

HÉCTOR FABIO RODRÍGUEZ DEVIA
Jefe Oficina de Control Interno

Elaboró: Óscar Pulgarín Lara, Profesional Universitario.

Apoyo y Orientación Técnica: Ángela Johanna Márquez Mora, Asesora Contratista.