

**COMITÉ INTERSECTORIAL DE COORDINACIÓN
JURÍDICA - ACTA No. 04 de 2022
SESIÓN ORDINARIA**

FECHA: 14 de diciembre de 2022

HORA: 4:00 p.m.

LUGAR: Sesión virtual (Plataforma Meet)

INTEGRANTES DE LA INSTANCIA:

Nombre	Cargo	Entidad	Asiste		Observaciones
			Si	No	
Paulo Andrés Rincón Garay	Subsecretario de Gestión Jurídica	Secretaría Distrital de Movilidad	X		
Priscila Sánchez Sanabria	Gerente Jurídica	Empresa Metro	X		
Gian Carlo Suescún Sanabria	Subdirector General Jurídico	IDU		x	
Luz Dary Castañeda Hernández	Jefe Oficina Asesora Jurídica	UAERMV	x		
Carlos Salcedo de la Vega	Subgerente Jurídico	Terminal de Transporte	X		
Tatiana García Vargas	Subgerente Jurídica	Transmilenio S.A.	X		
Carlos Gustavo Rodríguez	Jefe Oficina Jurídica	Operadora de Transporte Público "La Rolita"	X		

Secretaría Distrital de Movilidad

Calle 13 # 37 - 35

Teléfono: (1) 364 9400

www.movilidadbogota.gov.co

Información: Línea 195

SECRETARÍA TÉCNICA:

Johana Marcela Porras Peñaloza - Profesional Especializada Subsecretaría de Gestión Jurídica.

OTROS ASISTENTES A LA SESIÓN:

Nombre	Cargo	Entidad	Asiste		Observaciones
			Si	No	
Zulma Rojas Suarez	Dirección Distrital de Política Jurídica (E)	Secretaría Jurídica Distrital	X		Servidor delegado
Nubia González Cerón	Abogada Contratista	Abogada Contratista	x		
Carolina Sarmiento	Servidora Pública	Transmilenio	X		
María Isabel Hernández Pabón	Directora Representación Judicial	SDM	X		
Natalia Catalina Cogollo Uyaban	Directora de Normatividad y Conceptos	SDM	X		
Hernán Sebastián Cortes	Director de Cobro Coactivo	SDM	X		
Yazmin Gómez Contreras	Directora Contratación	SDM	X		

ORDEN DEL DÍA:
1. Verificación del quórum y aprobación orden del día

Se verificó la integración del quórum con las entidades asistentes: Empresa Metro, Transmilenio S.A., Terminal de Transportes de Bogotá, la UAERMV, Operadora de Transporte Público "La Rolita" y la Secretaría Distrital de Movilidad; de otra parte, se aclaró que no asistió el IDU, por lo tanto, se aprobó la sesión y orden del día, teniendo en cuenta que asistieron 6 de los 7 organismos que integran el sector de movilidad.

4da SESIÓN 2022 - Orden del Día.

1. Verificación de quórum y aprobación del orden del día.
2. Continuación Exposición Acción de Repetición - Doctora Nubia González Cerón.
3. Socialización Estructura Operadora Distrital de Transporte SAS "La Rolita"

Secretaría Distrital de Movilidad

Calle 13 # 37 - 35
Teléfono: (1) 364 9400
www.movilidadbogota.gov.co
Información: Línea 195



4. Programación sesiones vigencia 2023
3. Proposiciones y varios.

El Presidente del comité solicitó a la secretaria técnica remitir un correo electrónico dirigido al doctor Gian Carlo Suescun Sanabria, Subdirector General Jurídico del IDU con el fin de recordarle que en su calidad de miembro del comité, es obligatoria la asistencia a las sesiones tal y como lo consagra el párrafo segundo artículo 8 del Reglamento Interno.

DESARROLLO:

2. . Continuación Exposición Acción de Repetición - Doctora Nubia González Cerón.

Se realizó por parte del doctor Paulo Andrés Rincón Garay, Subsecretario de Gestión Jurídica de la Secretaría Distrital de Movilidad, Presidente del citado comité, un breve recuento de los asuntos que fueron abordados en la tercera sesión del comité celebrada el 05 de septiembre de 2022, resaltando la importancia de dar continuidad con el tema expuesto por la ex consejera de Estado, doctora Nubia González Cerón, relacionada con la acción de repetición y su importancia en la administración pública teniendo en cuenta las responsabilidades disciplinarias, civiles y fiscales que de ella se derivan para los ordenadores del gasto.

Teniendo en cuenta la trascendencia del tema, la secretaria técnica del comité mediante correos electrónicos del 10 de octubre y 02 de noviembre de 2022 requirió a los miembros para que presentaran interrogantes sobre el asunto objeto de exposición, lo anterior con el fin de aclarar dudas y poder establecer una estrategia de defensa para los ordenadores del gasto y supervisores.

Como respuesta a la anterior actividad, la secretaria técnica recibió mediante correo electrónico las siguientes inquietudes:

1. El 03 de noviembre de 2022, el doctor Carlos Gustavo Rodríguez, Jefe Jurídico de la Operadora Distrital de Transportes SAS, elevó las siguientes inquietudes:

“En atención a su solicitud, consideramos fundamental tocar el tema del 1. esquema de sanciones, posibles faltas disciplinarias derivadas de utilizar la figura de OPS fuera de los alcances previstos en la normativa vigente, y el detalle del trámite para acudir 2. mecanismos alternativos para suplir las necesidades de funcionamiento de una entidad, v.gr. creación de plantas temporales.”. (Sic)

2. El 09 de noviembre de 2022, el doctor Fabián Enrique Carvajal Olaya, Subgerente Jurídico (E) de la Terminal de Transporte S.A., presentó el siguiente interrogante:

“El artículo segundo (2º) de la Ley 678 de 2001 expone que la acción de repetición se aplicará contra el servidor, ex servidor público o privado investido con funciones públicas, en este entendido ante un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa ejercida por uno de los contratistas que

hacen de una Sociedad de Economía Mixta, ¿la entidad deberá repetir contra éstos por lo pagado tal y como sucede en el régimen público, o se deberá aplicar el régimen disciplinario de cada entidad? Lo anterior, teniendo en cuenta que el régimen laboral y de contratación de dichas sociedades es privado, pero los dividendos serán destinados a entidades públicas.”. (Sic).

Teniendo en cuenta lo expuesto, el doctor Paulo Andrés Rincón Garay a las 4:07 p.m., da paso a la intervención de la doctora Nubia González Cerón, ex consejera del Consejo de Estado, para que resuelva las dudas planteadas por los enunciados miembros señalando:

En relación con el primer interrogante planteado por la Operadora de Transporte Público SAS “la Rolita”, es pertinente aclarar que la sanción que se prevé en la norma para la celebración de contratos de prestación de servicios, hablando en materia disciplinaria, difiere totalmente de la acción de repetición, y la normatividad disciplinaria califica como falta disciplinaria gravísima, la celebración de contratos de prestación de servicios y advierte que esa parte es gravísima cuándo se tipifica que el objeto del contrato deriva en el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo o que impliquen subordinación o ausencia de autonomía del contratista.

La finalidad de la falta consagrada en la ley disciplinaria es persuadir a la administración de abstenerse de usar el contrato de prestación de servicios y exigir el cumplimiento de su objeto bajo condiciones que configuran el contrato de trabajo, lo que la jurisprudencia ha llamado contrato realidad.

La sentencia de unificación emitida por el **Concejo de Estado SU-05001-23-33-000-2013-01143-01**, es bastante exigente en la provisión de estos contratos y en el llamamiento a que la administración no los cèlebre cuando sean los requisitos del contrato realidad y la jurisprudencia se permite hacer análisis muy persuasivo para decir cuándo se presentan los elementos del contrato laboral.

En su intervención la ex magistrada que la sentencia de unificación señala que esta falta disciplinaria está calificada como gravísima y que tal tipificación se encuentra en concordancia con estipulado en la Ley 734 del 2002 en el artículo 48 numeral 29, la cual se encuentra también descrita en la Ley 1952 del 2019 modificada por la Ley 2094 de 2022, artículo 54 Numeral 1. Es de resaltar que estas normas taxativamente hacen una descripción de las faltas gravísimas en particular y es pertinente enunciar esta normatividad teniendo en cuenta el cambio de legislación y la fecha de los hechos.

El artículo 48 del Código General Disciplinario reglamenta la clase y los límites de las sanciones disciplinarias atendiendo a la calificación de la falta y dispone que si la falta es gravísima como ocurriría en este caso porque el artículo 54 así lo califica, advierte que la sanción de esa falta es la destitución e inhabilidad y la periodicidad de la sanción varía dependiendo la calificación de la falta gravísima si fue con dolo o si fue con culpa gravísima y la citada norma establece que:

1. Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.
2. Destitución e inhabilidad general de ocho (8) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima.

Aunado a lo anterior, el párrafo del artículo 48 establece un tipo de extensión de la sanción en el sentido de advertir que en el evento en que el disciplinado haya cesado sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante su ejecución, cuando no fuere posible ejecutar la sanción, se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios básicos devengados para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad, no está condicionada a que sea o no servidor público al momento de la ejecutoria de la decisión.

Cita la doctora Nubia González Cerón que la Procuraduría General de la Nación es muy rígida en la aplicación de la norma y por eso que los ordenadores del gasto deben propender por prevenir que los contratos de prestación de servicios cumplan con los requisitos del contrato realidad.

La segunda pregunta qué fórmula la Rolita está relacionada con los mecanismos alternativos para suplir las necesidades de funcionamiento de la entidad verbigracia, las plantas temporales. En este sentido la respuesta es única, no hay más opciones, ya que evidentemente como lo afirma en la pregunta el Jefe Jurídico de la Operadora, la única alternativa para suplir la contratación de personal por prestación de servicios es la creación de plantas temporales, siendo este el mecanismo idóneo cuando tengamos plena prueba de que evidentemente las funciones son temporales entonces solo se pueden crear plantas temporales y es ese el condicionamiento que la Ley establece siempre y cuando, exista esa condición de temporalidad y las entidades deben expedir en ese orden de ideas, el decreto de la creación de la planta temporal .

Si por el contrario la función es permanente, es necesario ampliar las plantas de personal de la entidad para evitar la suscripción de contratos de prestación de servicios.

La doctora Nubia González Cerón señala a los ordenadores del gasto que eviten la celebración de los contratos de prestación de servicios que cumplan con los elementos del contrato realidad, aunque si bien es cierto es algo complejo teniendo en cuenta que existen contratos como aquellos cuyo objeto requiere atención de PQRSO o prestar servicios de carácter permanente y presencial. En estos eventos es muy difícil decirles a las personas que desde su casa pueden desarrollar un producto. Enfatiza la ex magistrada que es esencial probar que no hay subordinación, que no se reciben órdenes y que es esta la forma ideal para poder probar que el contrato no era un contrato realidad sino un contrato prestación de servicios de los que la Ley desde el año 1968 admite para cumplir algunas funciones públicas.

La expositora da por resueltos los interrogantes elevados por la Operadora, no sin antes preguntar al doctor Carlos Gustavo Rodríguez si estaban absueltas sus dudas quien manifestó que con total suficiencia estaban resueltas.

Interviene el doctor Paulo Andrés Rincón Garay, y manifiesta que si bien es cierto la forma más conveniente para evitar la contratación por prestación de servicios es la creación de una planta temporal, sin embargo, está sometida al Plan de desarrollo y a que las entidades tengan asignación presupuestal. Teniendo en cuenta estas dinámicas de la administración, es engorroso para los entes públicos crearlas y más aún cuando hay contratos como por ejemplo los de las personas que manejan archivo que cumplen turno aunque la sentencia de unificación permite que los contratistas tengan turnos, si es complejo demostrar que no hay dependencia y que deben cumplir órdenes.

En ese orden de ideas, el presidente del comité pregunta que soportes probatorios se requieren para demostrar la diligencia por parte de los ordenadores del gasto, si basta solamente con la remisión de correo o memorandos recordando que deben cumplir el plan de trabajo que ellos mismos elaboraron y que gozan de autonomía para realizar las actividades contractuales para desvirtuar la existencia de la falta disciplinaria y si la misma fue cometida a título de dolo o culpa.

En respuesta a lo expresado por el enunciado servidor, la ex magistrada manifiesta que es escéptica respecto a los medios probatorios ya que, si de un proceso contencioso administrativo que declare la existencia de contrato realidad, constituye plena prueba este fallo y se inicia el proceso disciplinario con la existencia de la falta disciplinaria ya probada y lo más lógico es que se den los supuestos planteados en los artículos 54 y 48 del CGD y que se atribuya la comisión de las misma a título de dolo.

Si, por el contrario, no existe condena previa si puede llegar a comprarse más fácilmente que no hubo lugar a tipificación del comportamiento sujeto a reproche disciplinario o en su defecto si se llegare a demostrar la comisión de la falta que esta misma se cometió a título de culpa gravísima.

La norma disciplinaria sanciona o sanciona independientemente si hay condena previa o no, ya que el proceso disciplinario parte de una presunción legal que es la suscripción del contrato de prestación de servicios que cumple los requisitos del contrato laboral, es más fácil desvirtuar en una acción de repetición ya que hay más elementos de defensa que en el proceso disciplinario, esto es lo preocupante ya que los ordenares del gasto les cuesta más establecer un recaudo probatorio que fortalezca su estrategia de defensa.

Expresa la ex consejera que es necesario establecer una línea de defensa mediante memorandos que sugieran el cumplimiento del plan de trabajo y que las actividades las ejercen con autonomía los contratistas, además puede desvirtuarse el tema de la responsabilidad si los ordenadores, que si bien es cierto suscriben los contratos con las personas naturales, pueden que existan otros servidores que por su jerarquía ejerzan algún control sobre las obligaciones de los contratistas y eso puede llegar a diluir la responsabilidad del ordenador.

Efectuadas las claridades que anteceden retoma la doctora Nubia González Cerón, la pregunta presentada por el Subgerente Jurídico (E) de la Terminal de Transporte S.A. y señala que indistintamente del régimen bien sea público o privado se debe repetir contra los

contratistas vinculados a las Sociedades de Economía Mixta que hayan generado posibles acciones lesivas contra entidades administrativas.

Lo anterior teniendo como soporte normativo y jurisprudencial lo consagrado en la Ley 678 de 2001 y su norma modificatoria la Ley 2195 de 2022, **Artículo 2º**. *Acción de repetición. (...) La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra*

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

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

Al respecto la jurisprudencia en mención es clara y señala “Es evidente, que cuando a un particular se le confía por el Estado el ejercicio transitorio de funciones públicas, aun cuando no abandona por ello su condición de tal, en la medida en que ejerce esas funciones puede llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, y con su actuación causa un daño antijurídico a alguien. Por ello, el artículo 123 de la Carta ordena al legislador la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, régimen éste dentro del cual, necesariamente tiene cabida la posibilidad de hacer efectivo respecto de ellos el inciso segundo del artículo 90 de la Carta, pues no se entendería que quedarán exonerados de responsabilidad al ejercer una función pública con dolo o culpa grave, mientras los servidores públicos si podrían ser llamados a responder, pues donde existe la misma razón de hecho ha de imponerse la misma solución en derecho, conclusión ésta que además, encuentra como soporte jurídico-constitucional el artículo 124 de la Carta, en cuanto atribuye al legislador la determinación de la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, aplicable en este caso a los particulares que transitoriamente desempeñan funciones públicas, ya que asumen para ese efecto las mismas responsabilidades de los servidores públicos.”

De lo expuesto se desprende que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede conocer de la acción de repetición iniciada por una entidad pública contra un particular. (Sección Tercera del Consejo de Estado M.P. Carlos Zambrano Barrera Providencia 20120003201)

Y señala dicha sentencia que la Administración es susceptible de daños, ya sea por la acción o por la omisión de una particular o de otra entidad, por lo cual es ajustado que se inicie un proceso por las posibles acciones lesivas de particulares contra entidades administrativas.

La jurisprudencia de la corporación ha sostenido que los particulares, cuando celebran contratos, son colaboradores del Estado, por lo que la acción de repetición se les ha hecho extensiva para que respondan civilmente por las condenas impuestas en contra del Estado como consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposos.

Secretaría Distrital de Movilidad

Calle 13 # 37 - 35
Teléfono: (1) 364 9400
www.movilidadbogota.gov.co
Información: Línea 195

3. Intervención Jefe Jurídico de la Operadora de Transporte Público SAS.

Culmina la presentación la doctora Nubia González Cerón a las 04:37 p.m. y el doctor Paulo Andrés Rincón Garay, Subsecretario de Gestión Jurídica reconoce la importancia del tema y las recomendaciones dadas que permiten prender las alertas respecto a los posibles riesgos disciplinarios en que están inmersos los ordenadores del gasto por celebrar contratos de prestación de servicios que contengan los elementos del contrato realidad, concede entonces la palabra el presidente del comité al doctor Carlos Gustavo Rodríguez – Jefe de la Oficina Jurídica quien brevemente explicara el Régimen Jurídico, Creación y Ejecución Contractual de la Operadora de Transporte Público “La Rolita”.

Manifiesta el Jefe de la Oficina ya enunciado que “La Rolita” inicio sus operaciones el 10 de septiembre de 2022 y tiene como propósito principal complementar el tendido de red del Sistema Integrado de Transporte Público (SITP), para así garantizar la continuidad y sostenibilidad en la prestación de este servicio en la ciudad y su área de influencia y se destaca por su participación mixta para la prestación del servicio de transporte público en Bogotá.

Un elemento diferenciador de La Rolita es la equidad de género y la sostenibilidad ambiental; más de 450 mujeres entraron al programa de Eco Conducción de la Secretaría de Movilidad, que forma, capacita y brinda la oportunidad a mujeres de acceder a la recategorización de su licencia de conducción, para ser vinculadas a la planta de empresas operadoras de transporte público. (Presentación Power Point)

- I. **Aspectos para destacar de la Operadora:** Un patio eléctrico, 11 rutas zonales, 35.000 usuarios al día, 598 nuevos empleos, 195 busetones cero emisiones y 100% de accesibilidad a pantallas a bordo y wifi.
- II. **Rutas:** Mas de 21 barrios beneficiados directamente con la operación de 11 rutas zonales con cobertura principal en la UPZ Perdomo y 70 Jerusalén de Ciudad Bolívar. (Comienzan a funcionar la totalidad de las rutas a partir del 17 de diciembre de 2022)
- III. **Régimen Jurídico, Creación y Ejecución Contractual:**

El artículo 91 del Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito Capital 2020-2024 "Un nuevo contrato social y ambiental para la Bogotá del siglo XXI" adoptado mediante Acuerdo Distrital 761 de 2020, autorizó a la Alcaldesa Mayor de Bogotá en representación del Distrito Capital o a TRANSMILENIO S.A., para la creación de una operadora distrital de transporte.

Así las cosas y atendiendo lo dispuesto en el artículo 91 ídem, la Alcaldesa Mayor, mediante Decreto Distrital 188 de 2021 autorizó la constitución de la Operadora Distrital de Transporte, como una sociedad pública del tipo de las sociedades por acciones simplificada, con personería jurídica, adscrita al sector movilidad, con autonomía administrativa, contable, financiera, presupuestal y patrimonio propio.

Para resaltar “La Rolita” es:

- Una Sociedad por acciones simplificada
- Con participación entidades públicas
- Prestación Servicio Transporte Masivo
- Adscrita al Sector Movilidad. (6ta entidad del sector)
- Constituida como filial de TMSA con posibilidad de modificar composición accionaria.
- Régimen Jurídico: Especial. Primordialmente de Derecho privado en aplicación de Ley 489/98.
- “La Rolita” es la marca comercial está en cabeza de TMSA y la razón social es “Operadora de Transporte Público SAS”.
- Reglamento Interno de Contratación y la planta de personal y se rigen por el derecho privado.
- Similar el régimen jurídico al de las empresas industriales y comerciales del Estado.
- Nacimiento a la vida jurídica de la Operadora, el 21 de noviembre de 2021 mediante el Contrato 1224 de 2021 suscrito con TMSA a través del cual se concede la explotación de servicio público de transporte a la Rolita en el componente de operación.
- Operación 15 años.

IV. Estado Actual Demanda artículo 91 PDD.

El artículo 91 del Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito Capital 2020-2024, fue suspendido de manera provisional en enero pasado por el Juzgado Sexto Administrativo de Bogotá, al resolver una acción de nulidad, no obstante, la Secretaría Jurídica Distrital interpuso recurso de apelación y se está a la espera de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es de precisar que el juzgado determinó que el artículo 91 “violaba las normas superiores” y que la creación debe contar con un “estudio demostrativo”.

V. Estructura Orgánica



Secretaría Distrital de Movilidad
Calle 13 # 37 - 35
Teléfono: (1) 364 9400
www.movilidadbogota.gov.co
Información: Línea 195

4. Programación Sesiones Vigencia 2023.

- 1era Sesión 14 de marzo de 2023
- 2da sesión 13 de junio de 2023
- 3era Sesión 12 de septiembre de 2023
- 4ta Sesión 12 de diciembre de 2023

El presidente del comité retoma la palabra a las 4:55 p.m. no sin antes reconocer la importancia de la Operadora y su inclusión en varios temas del sector movilidad, posteriormente somete a votación de los miembros del comité: Empresa Metro, Transmilenio S.A., Terminal de Transportes de Bogotá, UMRMV, la Operadora de Transporte Público “La Rolita” y la Secretaría Distrital de Movilidad; la aprobación de la programación para la vigencia 2023, teniendo en cuenta que asistieron 6 de los 7 organismos que integran el sector de movilidad.

5. Proposiciones y varios:


1. Temas para la primera sesión comité vigencia 2023:

- Aprovechamiento Económico del Espacio Público.
- Plan de Ordenamiento Territorial
- La demanda de inconstitucionalidad que cursa en la Corte Constitucional en contra de la Ley 2094 de 2021, y los efectos frente a las actuaciones disciplinarias que se adelantan en fase de juzgamiento.

Por último, el presidente del comité recuerda a los miembros del mismo que de conformidad con el reglamento interno No, 001 de 2020, modificado por el Reglamento Interno No. 001 de 2022, pueden presentar temas que consideren importantes para su discusión en las sesiones, y cita que este espacio es de interacción y actualización no solo normativo sino también técnico dada la especialidad del Sector Movilidad.

Toma de decisiones

Se deja constancia que en el presente comité se sometió a consideración la toma de decisiones por parte de sus miembros.

Icono	Decisión
	Se aprueba el cronograma vigencia 2023: y temas de la primera sesión.

El Presidente del Comité da por terminada la sesión a las 5:05 pm.

Siguiente Sesión: 14 de marzo de 2022, hora: 9:00 am, lugar: Plataforma Meet.

En constancia se firma.



PAULO ANDRÉS RINCÓN GARAY
Presidente



JOHANA MARCELA PORRAS PEÑALOZA
Secretaria Técnica