



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA TA-DES 002-ORD- 33- 2020

Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP- CEC.
AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE
POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide el Tribunal en primera instancia sobre las demandas que fueron acumuladas, según los radicados de la referencia; presentadas por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP -CEC, AXA COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA., en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra del municipio de Popayán - Contraloría Municipal de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Con el presente medio de control la parte demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

Por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP.

Se declare la nulidad del Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal N° 02 de fecha 13 de marzo del año 2015

Se declare la nulidad del Auto N° 001 Por medio del cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el Fallo de Responsabilidad fiscal N° 02 del 22 de mayo del año 2015.

Se declare la Nulidad del fallo de responsabilidad fiscal de fecha 22 de mayo del año 2015 emitido por la CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN, dentro del proceso RF 08-2014 por un valor de CUATRO CIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$ 456.758.700), sanción pecuniaria impuesta a la COMPAÑIA ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC S.A.S ESP., por la presunta responsabilidad a título de culpa

¹Folios 149 a 174 c. ppal No 1.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

grave en razón a irregularidades en el giro de TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS a la fiduciaria durante los meses de julio y agosto del año 2009;

Como restablecimiento del derecho:

Condenar a la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYA - CAUCA a pagar y/o adoptar a favor de la COMPAÑÍA ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC S.A.S ESP, las medidas de reparación integral que proceden por los perjuicios inmateriales y materiales causados, los cuales se cuantifican y razonan en el punto 4.1.

Por AXA COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A

Se declare la nulidad total de los siguientes actos administrativos proferidos dentro del Proceso Fiscal RF08-2014.

- 1. Fallo con Responsabilidad Fiscal No.02 del 22 de mayo de 2015 proferido por La Jefe de la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, por medio del cual se falló con Responsabilidad Fiscal en cuantía de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS (\$456.758.700) en contra de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P.; y además, se declaró civilmente a las compañías AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. antes SEGUROS COLPATRIA S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. en virtud de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.8001021893 con vigencia desde el 7 de octubre de 2008 al 07 de octubre de 2009.*
- 2. Auto No.003 por medio del cual se resuelve un recurso de reposición del 19 de agosto de 2015, el cual confirmó en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.02 de fecha 22 de mayo de 2015.*
- 3. Auto No.001 por medio del cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.02 del 22 de mayo de 2015.*

Como restablecimiento del derecho lo siguiente:

- 1. La suspensión de toda actuación administrativa derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados.*
- 2. Que se declare que no se configuró la responsabilidad fiscal endilgada a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. - CEC S.A. E.S.P. dentro del trámite fiscal RF08-2014.*
- 3. Que se declare que las obligaciones del Contrato para la Facturación, Distribución, Recaudo de la Tasa de Alumbrado Público y reconocimiento del Sistema de Distribución Local (SDL) suscrito entre el municipio de Popayán y Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. - CEDELCA S.A. E.S.P., el día 07 de diciembre de 1998; y respecto del cual se celebró Acuerdo de Cesión del Contrato para la Facturación, Distribución Recaudo de la Tasa De Alumbrado Público y Reconocimiento del Sistema de Distribución Local en el municipio de Popayán, entre CEC S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P., el 09 de febrero de 2009; no se encuentran amparadas*

bajo la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.8001021893 expedida por mis procuradas en coaseguro.

4. *Que se declare a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. están exentas de toda responsabilidad civil derivada de la Responsabilidad Fiscal que se discutió dentro del trámite de dicha naturaleza No.RF08-2014*

5. *Que se declare la inexistencia de cobertura de la póliza de Seguro de Cumplimiento No.8001021893 respecto de los hechos discutidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No.08-2014 que se adelantó dentro de la Contraloría Municipal de Popayán, y de conformidad a ello, se desvincule de cualquier actuación administrativa que se esté adelantado en virtud del trámite fiscal referido*

6. *Igualmente, que se declare que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. tampoco están obligadas a efectuar ninguna clase de pago en virtud de la póliza de cumplimiento No.8001021893 en la cual funge como afianzada la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P., como consecuencia de los actos administrativos que se atacan.*

7. *Restituir a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. el valor que se haya cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se dicte en presente proceso, o en su defecto se ordene restituir los valores que ella hubiera desembolsado con base en la garantía constituida mediante la Póliza de Seguro de Cumplimiento No.8001021893, y los intereses moratorios y en subsidio los comerciales.*

1.1. Los hechos

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

1.1.1. Por COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP.

El 7 de octubre de 2008 se suscribió entre Centrales Eléctricas del Cauca y la Compañía de Electricidad del Cauca CEC, el contrato para la gestión ampliación, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio y demás actividades necesarias para la prestación de servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento del Cauca.

Que CEDELCA cedió el contrato de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado suscrito con el municipio de Popayán a la CEC SA ESP y esta posteriormente vuelve a ceder el contrato a CEDELCA.

El 4 de octubre de 2009, tras un amparo policivo CEDELCA dio por terminado el contrato de gestión suscrito con la CEC por incumplimiento en sus obligaciones contractuales, que no se configuró de acuerdo con el fallo en laudo arbitral de 4 de abril de 2014, emitido por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá DC.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Explicó que CEDELCA de manera imprevista, retoma la operación junto con la infraestructura y las cuentas bancarias donde se recaudaba el dinero correspondiente a la facturación del servicio de energía de las cuales era titular la FIDUCIA PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDUCIAR, razón por la cual la CEC pierde el control sobre su información financiera y sobre la administración de sus cuentas bancarias quedando imposibilitado para ejecutar las acciones pertinentes sobre los recaudos y giros correspondientes al impuesto de alumbrado público que debía realizar la CEC, lo cual se le imputó como negligencia.

La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA inicia investigación preliminar el 2 de noviembre de 2010, por las presuntas irregularidades en el giro al municipio del recaudo del impuesto de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009 por un valor de \$383.864.448, y mediante auto se le imputa responsabilidad fiscal el día 13 de febrero de 2013.

Dichas actuaciones se declararon nulas y se remitió el traslado de las diligencias a la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN, por lo tanto la Oficina de Responsabilidad Fiscal y Coactiva, el 19 de mayo de 2014 apertura Proceso de Responsabilidad Fiscal N° FR 08 2014 por el presunto detrimento patrimonial vinculando a la CEC y como garantes a Seguros Colpatria SA y Seguros de Colombia MAPFRE.

Señaló que el despacho procedió a emitir Auto N° 08 de imputación de cargo, el cual no fue notificado en debida forma, teniendo en cuenta que se procedió a notificar a la apoderada de la representante legal de la entidad al domicilio de aquella y no en el domicilio de la CEC, ni a la representante legal, ni a la anterior apoderada, en la medida que se envió la notificación a una dirección que no era su residencia.

1.1.2. Por AXA COLPATRIA SEGUROS SA y Seguros de Colombia MAPFRE.

El día 7 de diciembre de 1998, el municipio de Popayán y CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SAS ESP suscribieron contrato para la facturación distribución, recaudo de la tasa de alumbrado público y reconocimiento del sistema de distribución local.

El día 4 de noviembre de 1999, el municipio de Popayán y la UNIÓN TEMPORAL ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN LTDA – INTERASEO SA, suscribieron contrato de concesión de alumbrado público en el municipio de Popayán N° 409.

El 2 de febrero de 2000 se celebró contrato de fiducia entre la UNIÓN TEMPORAL ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN LTDA y LA FIDUCIARIA DEL VALLE SA cuyo objeto consistió en consignar por parte del municipio de Popayán por intermedio de CEDELCA a favor de la citada unión temporal, los dineros a que esta tenía derecho por la prestación del servicio público de energía

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

eléctrica destinada para el alumbrado público y demás obligaciones que le imponía el contrato N° 409 de 1999.

El 8 de junio de 2000, se suscribe contrato de cesión entre las anteriores, en virtud del cual la Unión Temporal cedió a la Fiduciaria los derechos económicos sobre el valor mensual de la facturación del servicio de alumbrado público del municipio de Popayán.

El 7 de octubre de 2008, entre CEDELCA y la CEC, se suscribe el contrato de gestión a través del cual la CEC asumió por cuenta y riesgo la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial la inversión ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento y demás actividades para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca.

Con el propósito de asegurar las obligaciones del contrato de gestión la CEC constituyó póliza de cumplimiento N° 801021893 expedida por COLPATRIA DE SEGUROS SA en la cual figura como tomador y afianzado y como beneficiario CEDELCA.

El 4 de octubre de 2009, tras un amparo policivo, CEDELCA dio por terminado el contrato de gestión con la CEC ESA ESP por supuestos incumpliendo en las obligaciones contractuales.

Con fundamento en el proceso de responsabilidad fiscal aperturado por la Contraloría Municipal de Popayán, se vinculó a SEGUROS COLPATRIA SA Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, sin que estuviese estipulada ninguna obligación respecto del giro que debía realizar por parte de la CEC en virtud del cobro de impuesto de alumbrado público de la ciudad de Popayán.

El 22 de mayo de 2015, la Contraloría Municipal de Popayán, emitió el fallo de responsabilidad fiscal en cuantía de \$456.758.700 en contra de la CEC, y además declaró civilmente responsable a las compañías aseguradoras.

Frente al fallo se presentaron los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos mediante autos N° 003 del 19 de agosto de 2015 y 001 de 27 de noviembre de 2015, confirmando la decisión apelada.

1.1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP.

Constitución Política artículos 2, 6, 29

Como concepto de violación manifestó:

La falta de notificación del acto administrativo de imputación de responsabilidad fiscal vulneró el debido proceso y en tal sentido la decisión

se torna inoponible al interesado afectado, pues le fue imposible acudir a los recursos ordinarios establecidos por la legislación dentro del término, para estructurar una adecuada defensa.

De otro lado sostuvo que no se dan los elementos para declararle responsable fiscal, teniendo en cuenta que se presenta la causal de exoneración por hecho de un tercero- CEDELCA SA, quien de manera arbitraria dio por terminado el contrato suscrito con la CEC, le despojó de las instalaciones y elementos para dar cumplimiento el objeto del contrato.

Por AXA COLPATRIA SEGUROS SA.

- La Constitución Política, artículo 29
- Ley 610 de 2000 artículos 44, 22,32, y del 39 al 48
- Ley 142 de 1994
- Artículos 110 al 128 del Decreto 1510 de 2013
- Ley 80 de 1993
- Código de Comercio, art. 1036 hasta el 1162, en especial los artículos 1054, 1056, 1072 y 1088
- Código Civil

Como concepto de violación manifestó:

En contravía de lo dispuesto por el legislador en el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993), las reglas jurisprudenciales que sientan los criterios para el ejercicio del control fiscal y el Decreto 1510 de 2013, por medio del cual se reglamentó el sistema de compras y contratación pública, el ente fiscal actuó transgrediendo todo lo anterior, porque además de lo dispuesto en el artículo 128 del mencionado decreto, hizo efectiva una póliza de cumplimiento tomada en virtud de la suscripción del contrato para la gestión, ampliación, rehabilitación, mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca, suscrito el 7 de octubre de 2008 y derivado del Concurso Público No. 001-CEDELCA-2008. Contrato que no contemplaba la obligación de realizar el giro de los recursos recaudados en razón de la tasa de alumbrado público al municipio de Popayán, por parte de CEC S.A. E.S.P.

2. El trámite procesal.

La demanda de AXA COLPATRIA SEGUROS SA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA., fue presentada el 24 de mayo de 2016 (folio 619) y con auto

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del 28 de junio fue admitida (Folio 622 a 627); se notificó en debida forma (folios 636 a 645)

La demanda fue contestada dentro de la oportunidad (folio 650 a 679)

La demanda de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP, fue presentada, el 03 de junio de 2016 (folio 269). Recibida por reparto el 28 de junio de 2016, y con auto del 27 de septiembre fue admitida (folio 290 a 293).

La entidad demandada contestó dentro de la oportunidad (folios 306 a 330)

2.1. Actuaciones comunes

Con auto del 06 de septiembre se decretó la acumulación de los procesos 2016 00265 00 y 2016 00269 00, los cuales correspondieron al mismo despacho sustanciador.

De las excepciones propuestas, se corrió traslado el 03 de abril de esta anualidad (folio 331).

2.2. La contestación de la demanda.

La CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN se opuso a las pretensiones de las demandantes, señalado que dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva en contra de LA COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC, SA ESP, por el recaudo de los meses de julio y agosto de 2009 de alumbrado público que no fueron girados al municipio de Popayán, generándose daño patrimonial a la entidad territorial.

Argumentó que se cumplió con el elemento esencial de daño patrimonial al erario para determinar responsabilidad fiscal de la investigada; de allí que de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, cuando el presunto responsable o el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentre amparado por una póliza, se debe vincular al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable.

Aclaró que notificados los sujetos procesales, la CEC y SEGUROS COLPATRIA, no hicieron uso del derecho de contradicción y defensa.

Señaló que los actos atacados fueron debidamente motivados, al indicar que la póliza de seguro de cumplimiento cubría el hecho tratado en el proceso de responsabilidad fiscal; además que el contrato cedido a la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA incluyó dentro de su objeto como actividad complementaria a la distribución y recaudo de la tasa de alumbrado , la de suministro de energía, actuación que realizó dicha compañía, sustentada en el contrato de gestión suscrito el 7 de octubre de

2008, amparando así las dos actuaciones con la póliza materia de investigación en el proceso.

Finalmente adujo que en el proceso de responsabilidad fiscal se agotaron todas las etapas que fija la ley y se garantizaron los derechos del investigado y del tercero civilmente responsable.

2.3. Audiencia inicial².

El 12 de octubre de 2017, se realizó la audiencia inicial, desarrollando cada una de las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA y decretando pruebas, según consta en el acta de la respectiva audiencia.

2.4. Audiencia de práctica de pruebas³.

El 13 de febrero de 2018, se realizó la audiencia pública de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, audiencia en la que se corrió traslado a las partes de las pruebas allegadas.

Finalizada la etapa probatoria, mediante auto proferido en la misma audiencia, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes para que por escrito, alegaran de conclusión.

3. Alegatos de conclusión.

3.1. La CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN⁴.

Expresó que estuvo demostrado dentro del proceso de responsabilidad que la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA, no realizó la consignación por concepto del recaudo del impuesto de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009, deber que tenía la empresa para con el municipio de Popayán, conforme se establece en el contrato de cesión firmado entre CEDELCA S.A. E.S.P., y la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P., situación que la sancionada no ha negado, ni en el proceso de responsabilidad fiscal, ni en el proceso judicial que se adelanta.

Explicó que el daño patrimonial quedó demostrado no sólo por las manifestaciones realizadas por la representante legal de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA, sino también en el informe técnico, documento que a pesar de que se corrió traslado dentro del expediente N° FR-08 de 2014, ninguna de las partes vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal

²Folios 714 a 718 c. ppal N° 4 expediente 2016-00269.

³ Folios 821 a 823 c. ppal N° 4 expediente 2016-00269

⁴ Folios 265 a 272 c. ppal N° 2.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

y que hoy demandan los actos proferidos por la Contraloría controvertió dentro del referido proceso de responsabilidad fiscal.

Puntualiza que al no haber realizado el giro de los recursos al municipio de Popayán, se produjo un daño al patrimonio al Estado, el cual debía ser resarcido por quien dio origen al mismo, que para el caso de autos fue la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA.

Sostiene que el segundo y tercer elemento que consagra el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, para declarar la responsabilidad fiscal es una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y un nexo causal entre la conducta y el daño. Que la conducta para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, es antijurídica cuando una persona que maneja bienes o fondos públicos, actúa de manera tal que ocasiona pérdidas, mermas o deterioro al patrimonio que se le ha confiado, en forma dolosa o gravemente culposa.

Refirió que en cuanto a la vulneración al debido proceso e indebida notificación del auto de imputación alegado por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA, en la demanda, debe mencionarse que todo lo actuado dentro del proceso de responsabilidad fiscal, estuvo acorde con las normas procedimentales que lo regulan; la Compañía fue debidamente notificada de todos los actos que se expidieron y su actitud fue pasiva, no controvertió el informe técnico, no presentó descargos, sólo vino a actuar al final del proceso con la interposición de nulidades y recursos sin el lleno de requisitos, situación que motivó su rechazo.

Sustentó que la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA estuvo representada por la apoderada Dra. LINA MARIA PENAGOS, según poder que obra en el expediente de responsabilidad fiscal, a quien se dirigieron todas las comunicaciones para notificarle el auto de imputación como se señaló en respuesta al hecho décimo sexto de la demanda y quien no hizo uso del derecho de defensa frente al auto de imputación, ni tampoco en debida forma presentó los recursos contra el fallo; quedando en firme la decisión que hoy, bajo la acción judicial, pretende que se revoque.

Enfatizó que las obligaciones derivadas de los contratos en mención por formar un todo, se ampararon con la póliza No. 8001021893, y esa era la voluntad del cedente principal, ceder la totalidad de derechos y obligaciones; así las cosas no pueden los demandantes, so pretexto de defender los intereses de las compañías de seguros, desatender, en primer lugar la voluntad de las partes (cedente y cesionario), y en segundo lugar el interés general y la defensa del patrimonio público

Que por lo tanto la póliza fue legalmente vinculada al proceso, por cuanto, en la gestión del desarrollo de la cesión del contrato, la CEC., tuvo que realizar gestión operativa, técnica y comercial, inversión y ampliación de

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

coberturas del servicio que prestaba. Es decir, que tuvo dentro de su objeto como actividad complementaria a la distribución y recaudo de la tasa de alumbrado público, la de suministro de energía.

3.2. AXA COLPATRIA SEGUROS SA, y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA.

Sostienen que los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad por cuanto la Contraloría Municipal de Popayán, con desconocimiento del artículo 65 de Ley 80 de 1993, invadió la competencia del ente territorial al aperturar y tramitar proceso de responsabilidad fiscal sobre un contrato no liquidado, ordenando hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 8001021893, con la que se garantizó las obligaciones derivadas del contrato para la gestión, ampliación, rehabilitación, mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca, contrato de seguro que es totalmente diferente a aquél por el cual se inició el proceso de responsabilidad fiscal, pero el ente de control les declaró como terceros civilmente responsables, y a raíz de la adopción de dicha medida se ocasionó un desmedro en sus patrimonios.

Reitera, que en contravía de lo dispuesto por el legislador en el Estatuto General de la Contratación (Ley 80 de 1993), las reglas jurisprudenciales que sientan los criterios para el ejercicio del control fiscal y el Decreto 1510 de 2013, el ente fiscal, hace efectiva la póliza de cumplimiento tomada en virtud de la suscripción del contrato que no contemplaba la obligación de realizar el giro de los recursos recaudados en razón de la tasa de alumbrado público al municipio de Popayán, por parte de CEC S.A. E.S.P.

Refiere que la Contraloría Municipal de Popayán incurre en una indebida motivación del acto administrativo demandado, puesto que dentro del mismo únicamente hace alusión a la versión libre rendida por la representante legal de CEC S.A. E.S.P., y al informe Técnico Contable presentado por el Profesional Universitario del Grupo de Vigilancia Fiscal de la Gerencia Colegiada del Cauca, para concluir con estas dos pruebas, la responsabilidad fiscal en cabeza de la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., medios probatorios que al contrario de demostrar el supuesto daño que se endilgó, dejan en evidencia que los hechos en virtud de los cuales se declaró la responsabilidad fiscal, responden al actuar arbitrario y contrario a Derecho que desplegó CEDELCA S.A. E.S.P., respecto de la CEC S.A. E.S.P.

3.3. La COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Aduce, que el Proceso de Responsabilidad Fiscal RF 08 -2014, se encuentra viciado de nulidad, ya que ha quebrantado el debido proceso que se predica de las actuaciones administrativas, pues al no notificar en debida forma el acto administrativo le fue imposible a esa compañía ejercer en tiempo su derecho a la defensa. Siendo la notificación un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, pues así se dan a conocer las actuaciones a los administrados para que puedan ejercer su derecho de defensa; por lo cual, mientras los actos no se notifiquen, no producen efectos ni son oponibles a los destinatarios.

Sostiene que la Contraloría de Popayán no realizó las notificaciones en debida forma, pues todas las notificaciones del proceso de responsabilidad fiscal debieron dirigirse a la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC S.A.S ESP, en la dirección que reposa en su registro mercantil, y no a la dirección de residencia de la antigua apoderada o de su representante legal como así lo hizo esa entidad.

Explicó el trámite y los tiempos que se tenían para el recaudo y giro de los recursos por concepto de tasa de alumbrado público; indicó que la gestión de recaudo contaba con un tiempo de dos a tres meses, toda vez que se partía del mes al cual se le imputa el pago del impuesto, en los dos meses siguientes se hacía la liquidación y posteriormente tomaba otro mes para recaudar y girar los fondos a la fiduciaria, siempre y cuando el Concesionario de Alumbrado Público de Popayán ya hubiese emitido la comunicación indicando el número de cuenta para consignar los recursos; procedimiento que venía adelantando con diligencia y de acuerdo con los tiempos establecidos.

Puntualizó, que en el momento en que debió girar los recursos por concepto de alumbrado público al municipio de Popayán, ya no se encontraba con el manejo de la operación ni de los recursos. Pues ante el desalojo abrupto realizado a la CEC por parte de CEDELCA, este último fue quien quedó con la operación, la información financiera y el control absoluto de las cuentas bancarias donde se recaudaba el dinero correspondiente a la facturación del servicio de energía, por lo que era el único que podía dar cumplimiento a la obligación de girar los recursos correspondientes a los meses de julio y agosto de 2009 al momento que fue solicitado por el Concesionario de Alumbrado Público.

Sostiene que ante la terminación unilateral sin justa causa y el desalojo arbitrario hecho por CEDELCA, la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC S.A.S ESP., en aras de encontrar una solución pronta a la situación y evitar mayor afectación convocó Tribunal de Arbitramento dentro del cual se emitió Laudo Arbitral el 04 de abril de 2014, que le dio la razón, manifestando que no se había incurrido en incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la COMPAÑÍA ELECTRICIDAD DEL

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CAUCA CEC S.A.S ESP y aseverando que había sido CEDELCA quien había incumplido el contrato y le había causado perjuicios a la CEC, al dar por terminado el contrato; de esta forma contrariaba el ordenamiento jurídico.

Insiste que si bien no es posible desconocer que no se realizó el traslado de los recursos por concepto de alumbrado público, tampoco puede desconocerse que tal giro no pudo efectuarse con ocasión de las acciones arbitrarias y contrarias a Derecho adelantadas por CEDELCA que impidió transferir los recursos, que no han sido desconocidos sino que se está a la espera de que CEDELCA acceda a liquidar el contrato.

En ese orden, carece de sentido que la CONTRALORÍA DE POPAYAN vincule a las empresas aseguradoras antes mencionadas como civilmente responsables, pues el contrato de póliza de cumplimiento no ampara esos riesgos, máxime cuando estamos en presencia de dos obligaciones diferentes en su germen y alcance, pues una es la obligación de resarcimiento a cargo de la empresa investigada fiscalmente COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A.S. ESP., y otra muy distinta es la obligación de las aseguradoras que nace y se delimita por el contrato de seguro, lo que hace imposible que haya la solidaridad que pretende la corporación en su cuestionada posición.

4. Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y su cuantía a la fecha de presentación de la demanda, de acuerdo al artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

2. Caducidad.

De conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 164 del CPACA, la demanda con pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser presentada dentro de los cuatro meses, contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo que se pretenda cuestionar.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Revisada la demanda, se tiene que el auto N° 001 de 27 de noviembre de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 008 de 2014, fue notificado el 1 de diciembre de 2015 a AXA COLPATRIA SEGUROS SA.

La solicitud de conciliación por esa aseguradora, fue presentada ante la Procuraduría General de la Nación el 30 de marzo de 2016, la cual fue celebrada el 24 de mayo de 2016, declarándose fracasada. Ese mismo día se expidió la respectiva constancia.

Así, al haberse presentado la demanda el 24 de mayo de 2016, el presente medio de control fue incoado dentro de la oportunidad prevista en la ley, y por lo tanto no está afectado de caducidad.

La COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A.S. ESP, fue notificada del auto del 27 de noviembre de 2015, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 008 de 2014, el 16 de diciembre de 2015.

La solicitud de conciliación fue presentada ante la Procuraduría General de la Nación el 7 de abril de 2016, la cual fue celebrada el 24 de mayo de 2016, declarándose fracasada. Ese mismo día se expidió la respectiva constancia.

Entonces, al haberse presentado la demanda el 03 de junio de 2016, el presente medio de control fue incoado dentro de la oportunidad prevista en la ley, y por lo tanto no está afectado de caducidad.

3. El problema jurídico.

Conforme fue establecido en la audiencia inicial le corresponde al Tribunal determinar si los actos administrativos contenidos en el Fallo con Responsabilidad Fiscal N° 02 del 22 de mayo de 2015, proferido por la Contraloría Municipal de Popayán; Auto N° 003 del 19 de agosto de 2015, que se resuelve un recurso de reposición y el Auto 001 del 27 de noviembre de 2015 que se resuelve un recurso de apelación, por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal en cuantía de \$456.758.700, en contra de la Compañía de Electricidad del Cauca SA ESP-CEC y declaró civilmente responsable a las compañías AXA COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, se encuentran afectados o no de nulidad?

Por consiguiente, también se debe determinar si la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA omitió girar los dineros por el recaudo de los meses de julio y agosto de 2009 de alumbrado público al municipio de Popayán, y si dentro de las pólizas otorgadas por las compañías AXA

COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA a la CEC, cubría la obligación respecto del giro que debía realizar por parte de la CEC en virtud del cobro de impuesto de alumbrado público de dicho ente territorial.

4. El Caso concreto.

4.1. Los actos acusados.

El Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal N° 02 de fecha 13 de marzo de 2015, da cuenta de lo siguiente:

De acuerdo con las pruebas trasladadas y demás actuaciones del proceso se tiene que, mediante acuerdo de cesión de febrero de 2009, CEDELCA S.A. E.S.P. cede el contrato de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado suscrito con el municipio de Popayán a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., CEC S.A. E.S.P; posteriormente la CEC S.A. E.S.P. vuelve a ceder el contrato de recaudo a CEDELCA S.A. E.S.P., en enero de 2010.

Expone que durante ese periodo se presentaron irregularidades en cuanto al giro que debía realizar la CEC S.A. E.S.P., toda vez que esta no transfirió al municipio el recaudo del impuesto de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009, constituyendo un detrimento al patrimonio del municipio de Popayán.

Por lo tanto mediante auto de mayo 19 de 2014, apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. RF 08-2014, determinando como valor del presunto detrimento patrimonial la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$383.905.629,00).

Así, imputó responsabilidad fiscal a la Compañía de Electricidad del Cauca en razón a su conducta omisiva y negligente a título de CULPA GRAVE, señalando que el representante legal de la compañía es responsable por cuanto es un deber legal realizar los pagos a los que la entidad se ve obligada de acuerdo con los compromisos adquiridos y dentro de los términos establecidos mediante contrato de cesión de fecha 09 de febrero de 2009.

Reiteró que las obligaciones adquiridas por la CEC S.A. E.S.P., se deben cumplir conforme a las estipulaciones adquiridas en el contrato de cesión y la ley, teniendo en cuenta que esa Compañía había recaudado por concepto de alumbrado público el valor de \$383.905.629, correspondientes a los meses de julio y agosto de 2009; entonces era obligación de ella realizar giro al municipio por el valor recaudado, por lo tanto la omisión de dicho

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

traslado generó una merma a los recursos del ente territorial, lo que se configura como un detrimento al patrimonio.

En cuanto a la vinculación del tercero civilmente responsable, es decir, las Aseguradoras Seguros Colpatria S.A, y Seguros Generales de Colombia S.A. MAPFRE, adujo que mantendría su vinculación en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades de servicio público N°. 8001 02 1 893, Vigencia: 07 de octubre de 2008 hasta el 7 de octubre de 2009, Asegurado: Centrales Eléctricas del Cauca S.A., tomador, Afianzado: Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., y se amparó por cumplimiento un valor asegurado de \$30.000.000.000.00.

El fallo de Responsabilidad Fiscal N° 02 del 22 de mayo del año 2015, da cuenta de lo siguiente:

La Contraloría precisa, que mediante Oficio N° 2014EE0061047 radicado en esta entidad el 4 de abril de 2014, el profesional asignado de Secretaría Común, Gerencia Departamental Cauca, de la Contraloría General de la República, remite al señor Contralor Municipal de Popayán el expediente No. 1469, para que se continúe con el conocimiento y trámite del mismo. Lo enunciado en atención a que el Consejo de Estado en sentencia de enero de 2014 declaró nulo el artículo 12 del Decreto 2424 de 2006, trasladando la competencia del control fiscal de los recursos y contratos de alumbrado público a los entes territoriales. En consecuencia, ese despacho ordenó la nulidad de lo actuado y posterior traslado de las diligencias, quedando con validez las pruebas recaudadas.

Encontró probado que el menoscabo al erario del municipio de Popayán ocasionado con la no consignación del valor recaudado por el impuesto de alumbrado público de los meses de julio y agosto de 2009 por parte de la CEC S.A. E.S.P., se constituye como un detrimento patrimonial, el cual debe ser resarcido por cuanto el Estado no puede soportar las cargas ocasionadas por el incumplimiento y negligencia de sus agentes.

Respecto de la culpa y el nexo causal, puntualizó que la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P. fue vinculada a la investigación en su condición de cesionario en el contrato de cesión firmado entre CEDELCA S.A. E.S.P. y CEC S.A. E.S.P.; su responsabilidad se encuentra definida en razón a que no realizó la consignación al municipio de Popayán, el recaudo del impuesto de alumbrado público correspondiente a los meses de julio y agosto del año 2009.

Que dicha compañía ejerció gestión fiscal sobre los recursos del municipio, teniendo en cuenta que los impuestos recaudados por el concepto de alumbrado público pertenecen a las arcas del municipio.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Consideró que no hubo diligencia y cuidado por parte de la Compañía en la labor encomendada como cesionario del contrato firmado con CEDELCA S.A. E.S.P. que es de reproche fiscal, al estar demostrada la omisión de la empresa vinculada, de cumplir con su obligación frente al contrato de cesión, por lo que la conducta de la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA S.A. E.S.P. encuadra en el grado de culpa grave.

Consideró como tercero civilmente responsables a SEGUROS COLPATRIA S.A. y SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. MAPFRE, de conformidad con el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000, y en virtud de la Póliza de Seguro.

Explicó que el daño patrimonial al Estado, se puede presentar en el manejo de recursos, no necesariamente por acción del servidor público, como cuando realiza un pago indebido; también por la omisión de una obligación adquirida.

El Auto No. 003 por medio del cual se resuelve recurso de reposición interpuesto contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.02 del 22 de mayo de 2015, establece:

La Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Popayán, resolvió recursos de reposición interpuestos por los apoderados judiciales de Mapfre Seguros de Colombia S.A., y Seguros Colpatria S.A., contra el fallo de Responsabilidad Fiscal No. 02 de fecha 22 de mayo de 2015, dentro del Proceso RF08-2014.

Puntualizó la Contraloría que la póliza de seguros amparó en este caso el patrimonio del Estado, no el patrimonio del gestor fiscal. Explicó que el Estado establece mecanismos para la protección del patrimonio público, que a voces del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 es uno de los derechos colectivos y tiene como objetivo el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Refirió que el llamado en garantía no es en rigor responsable fiscal; es un tercero civilmente responsable, en virtud de una relación contractual a responder patrimonialmente de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio. La aseguradora no es responsable fiscal y no requiere evaluarse su conducta, esto es la culpa grave o el dolo.

Respecto de las compañías Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. y Seguros Colpatria S.A., adujo que la póliza contratada si es aplicable para el caso, en atención a que en la Gestión del desarrollo de la cesión del contrato, CEC S.A. E.S.P., tiene que realizar una gestión operativa, técnica y comercial, inversión y ampliación de coberturas del servicio que presta.

En ese orden confirmó la decisión recurrida.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con Auto No. 001 se resuelven los recursos de apelación interpuestos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 02 del 22 de mayo de 2015, interpuestos por SEGUROS COLPATRIA S.A. y SEGUROS MAPFRE.

Al resolver el recurso de apelación, la Contraloría destaca que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, porque la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se da cuando exista la certeza sobre el daño.

Consideró que en el caso bajo análisis, el daño estaba debidamente determinado y cuantificado, porque las partes lo reconocen y no muestran objeción alguna frente al mismo; lo que discuten los recurrentes es la prescripción del contrato de seguro y las condiciones pactadas en el mismo.

La anterior, situación la encontró demostrada no sólo por las manifestaciones realizadas por la representante legal de Compañía de Electricidad del Cauca, sino también del informe técnico, documento que permitió concluir que la Compañía de Electricidad del Cauca, sí tenía los recursos para el cumplimiento de la obligación hasta la fecha de la retoma por parte de CEDELCA; sin embargo, el giro de los recursos no se realizó, no logrando desvirtuar la falta de diligencia y cuidado en la gestión fiscal que desarrolló sobre los recursos recaudados por concepto de alumbrado público.

Es por ello que comparte la posición del A-quo, al indicar que existió una conducta atribuible a título de culpa grave, por omitir realizar los deberes adquiridos en el contrato de cesión firmado con CEDELCA S.A. E.S.P., que era el de realizar la consignación de los meses de julio y agosto de 2009 del recaudo del impuesto de alumbrado público.

En cuanto a la prescripción alegada por las aseguradoras aclaró que el término de prescripción señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio, es aplicable para quienes ostentan la calidad de parte en el contrato de seguro, no para las contralorías, porque se rigen por normas especiales, descritas en leyes como la 610 de 2000, en la que establece términos y circunstancias propias para la conformación del título ejecutivo (Fallo con Responsabilidad Fiscal).

Explicó, que cuando se constituye una póliza que ampara un contrato estatal se resguarda el patrimonio público del daño que puede crear el cumplimiento tardío o defectuoso o el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Se protegen con ella los intereses de la colectividad superiores al simple interés de los particulares, gozando la garantía de un régimen jurídico especial, diverso del aplicable a las relaciones jurídicas privadas.

Por otra parte, al argumento de los recurrentes sobre la no cobertura de la póliza, adujo que el contrato cedido a la Compañía de Electricidad del Cauca, incluye dentro de su objeto como actividad complementaria a la distribución y recaudo de la tasa de alumbrado público la de suministro de energía, actuación que realizó la Compañía de Electricidad del Cauca sustentada en el contrato de gestión suscrito el 7 de octubre de 2008, amparando así las dos actuaciones con la póliza materia del proceso.

4.2. LA RESPONSABILIDAD FISCAL

La Ley 610 de 2000 establece que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal. Así lo dispone:

ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARAGRAFO 1o. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

El artículo 53 ibídem, preceptúa:

ARTICULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa ~~leve~~ del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

De acuerdo con la norma en comento y la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad

fiscal es necesario que concurren un elemento objetivo, un elemento subjetivo y un elemento de causalidad⁵.

- **Elemento objetivo**

En términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, consiste en la existencia de prueba que acredite con certeza, la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación.

“La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecha el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal “es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable.”

Igualmente el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, respecto del daño establece:

ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, **inequitativa** e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

- **Elemento subjetivo**

Evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que haya actuado al menos con culpa grave, tal como lo estipuló el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto dice que *“El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.”*

- **Un elemento de relación de causalidad.**

Según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del gestor fiscal.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 68001-23-31-009-2007-00152-01

⁶ ibíd.

El Consejo de Estado enseña, que estos elementos deben materializarse de manera concomitante en el procedimiento de responsabilidad fiscal, pues si alguno de ellos no está acreditado, la consecuencia inevitable será que no puede expedirse una decisión declaratoria de responsabilidad.

4.2.1. Elemento objetivo en el procedimiento fiscal objeto de estudio.

En el proceso RF 08-2014 adelantado por la Contraloría Municipal de Popayán, Oficina de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, se encontró probada la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, que corresponden a la suma \$383.905.629, por concepto del recaudo del impuesto de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009, suma que debía ser consignada por la entidad recaudadora, esto es, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., empresa que contaba con contrato de cesión para esa actividad; sin embargo, pese haber hecho los recaudos no los consignó.

Frente a la cuantificación de la suma establecida, la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., no tuvo reparos. En la demanda refiere que nunca ha desconocido esos recursos, sino que está a la espera de que CEDELCA acceda a liquidar el Contrato. Por lo tanto, se infiere que efectivamente se lesionó el patrimonio público, porque el municipio de Popayán dejó de recibir los recursos provenientes de alumbrado público para el periodo julio y agosto de 2009

4.2.2. Elemento subjetivo en el procedimiento fiscal objeto de estudio.

Sobre el punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que tratándose de la responsabilidad fiscal, la culpa grave se materializa cuando el gestor fiscal no maneja los negocios ajenos, entendidos como los públicos, con la suficiente diligencia con la que incluso las personas negligentes atendían los propios⁷.

En su defensa la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P., sostuvo, que si bien es cierto no giró los recursos correspondientes al impuesto de alumbrado público de los meses de julio y agosto del año 2009, ello obedeció a que CEDELCA decidió dar por terminado unilateralmente, por supuestos incumplimientos, el contrato de gestión celebrado, y que el 04 de octubre de e en una actuación arbitraria y contraria a Derecho desalojó a la CEC SA de las instalaciones en donde operaba.

Que por esa situación, la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA CEC S.A.S ESP perdió todo tipo de acceso a sus instalaciones, elementos de

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 15 de abril de 2010, radicación 66001-23-31-003-2006-00102-01 CP. Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

trabajo, documentos y datos financieros, por lo que no tenía forma de acceder a sus bases de datos o recursos para culminar con el procedimiento y gestión contractual, entre ellos el giro de los recursos recaudados por concepto de alumbrado público al municipio de Popayán.

Ahora, el material probatorio recaudado en el proceso de responsabilidad fiscal RF 08-2014, indica que CEDELCA S.A. E.S.P suscribió contrato con el municipio de Popayán el 7 de diciembre de 1998, cuyo objeto fue: la facturación, distribución, recaudo y participación de la tasa de alumbrado público en el municipio de Popayán (folio 16 a 24 cp1 Exp. 2016 00265 00); dicho contrato fue cedido por CEDELCA S.A. E.S.P a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. CEC S.A. O.P. mediante acuerdo de cesión el 09 de febrero de 2009. (Folio 45 a 49 c. ppal 1 Exp. 2016 00265 00)

A través de informe de 22 de septiembre de 2010 el Contralor Delegado de la Contraloría General de la República, entregó formato de traslado de hallazgo fiscal, con el que manifiesta que durante el periodo que fue cedido el contrato de recaudo de alumbrado público, la CEC no giró al municipio el recaudo por el valor de \$383.905.629.

Se tiene igualmente el requerimiento del 29 de mayo de 2009 del interventor de la concesión de alumbrado público de Popayán, en el que pone en conocimiento del Contralor de la República, que la CEC factura la tasa de alumbrado público del municipio de Popayán, que le fue solicitada de manera verbal y escrita cancelar el valor correspondiente por dicho concepto para los meses de diciembre de 2008 a marzo 2009, sin que se tenga respuesta favorable. (Folios 104 y 105)

El director de Concesionario de Alumbrado Público de Popayán, en informe de 24 de junio de 2009 dirigido al Secretario de Infraestructura, manifiesta que la CEC asumió la operación de la antigua CEDELCA, desde el primero de diciembre de 2008, y desde esa fecha se encuentra incumpliendo con el contrato para la facturación, distribución, recaudo de la tasa de alumbrado público y sistema de distribución local. Que a pesar de las múltiples sugerencias y llamados hechos a los directivos, no se ha solucionado el problema de la no transferencias de los recursos recaudados por concepto de alumbrado público. (Folio 107 a 110 c1)

Con oficio del 25 de junio de 2009 dirigido al gerente general de la CEC SA ESP la Fiduciaria Corficolombia, hace el siguiente requerimiento:

“En virtud del retraso presentado en el pago a realizar por parte de ustedes a la Fiduciaria Corficolombia, correspondiente a los recaudos del impuesto de alumbrado público, le expresamos nuestra gran preocupación y le recordamos nuevamente que con el fin de poder cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato de

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Concesión y de acuerdo al convenio interadministrativo suscrito entre CEDELCA y el municipio de Popayán, es compromiso por parte de ustedes realizar la consignación mensual a la Fiduciaria Corficolombia de los recursos por concepto del recaudo de la tasa de alumbrado **público a más tardar el primer día hábil de cada mes tal como fue acordado en el Acta N° 01 firmada el día 19 de junio de 2001** por Centrales Eléctricas del Cauca, municipio de Popayán, Concesionario Alumbrado Público de Popayán y la Interventoría de Alumbrado Público”.

En ese mismo sentido se tiene oficio 3 de julio de 2009, del representante legal de la Unión Temporal Eléctricas de Medellín Ltda. (folio 113 y 114c1); oficio del 07 de julio de 2009 del Concesionario de Alumbrado Público (folio 115c1); de 18 de marzo de 2009 (folio 693 c4); oficio del 21 de agosto de 2009 del Secretario de Hacienda Municipal (folio 117 a 119 c1), los cuales se refieren al incumplimiento de la CEC a consignar lo recaudado por el impuesto de alumbrado público de Popayán.

Dentro de la investigación fiscal se recibió versión libre rendida por el Representante legal suplente de la CEC, quien afirmó que esa compañía contaba con unos plazos para la consignación de los recaudos por alumbrado público, así:

PREGUNTADO: Informe con qué periodicidad debía la CEC realizar la transferencia de los recursos de la fiduciaria. **CONTESTADO:** De conformidad con las averiguaciones que he realizado el recaudo que se efectuaba por concepto del impuesto de alumbrado público debía ser girado o debía ser transferido a la fiduciaria al mes siguiente de haber verificado y validado con el contrato para la facturación, distribución recaudo de la tasa de alumbrado público y reconocimiento del sistema de distribución local (SDL).Tengo entendido que el procedimiento se efectuaba como paso a explicarlo con el siguiente ejemplo en el mes de julio se facturaba el servicio de alumbrado público correspondiente al mes de junio, en el mes de agosto la Compañía de Electricidad del Cauca efectuaba dicha verificación y validación del recaudo y en el mes de septiembre realizaba la transferencia a la fiduciaria de dicho rubro. (Folio 328 c. ppal 2)

El señor VICENTE GALVIS HERRERA en su condición de SECRETARIO DE HACIENDA DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN, declaró dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1469, del cual se extrae lo siguiente:

“...la Secretaría de Hacienda, tiene asignada la tarea de realizar la actividades de cobranza de la cartera, como consecuencia del no pago de algunos usuarios del servicio del alumbrado público. Una vez tuvimos conocimientos de los hechos de la no entrega oportuna de los recaudos del servicio de alumbrado público por parte de la CEC SA ESP a Corficolombiana, se realizaron algunas diligencias para recuperar ese recaudo y se logró que la CEC SA ESP entregara parte de los recursos que no habían girado anteriormente quedando un saldo aproximado de 383 millones insoluto. Ente estas diligencias se destacan el oficio a la CEC SA

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ESP y su entrevista con su gerente para realizar acuerdo de pago que no se realizó. Lo anterior denota que fuimos diligentes en normalizar los recursos de recaudo con el acompañamiento de la oficina asesora jurídica del municipio de Popayán. ...PREGUNTADO: Sírvase explicar cuál era el procedimiento que estuvo a cargo de la CEC con relación al impuesto de alumbrado público, cuyo contrato de facturación y recaudo le fue cedido. CONTESTADO: La CEC SA ESP una vez prestado el servicio de energía en la ciudad, procedía de acuerdo a las facultades que le concedía la Ley 142, a facturar el servicio de energía junto con el de alumbrado público y recaudaba el monto o valor de dicha facturación dentro de unos plazos y los transfería mensualmente a las cuentas señaladas por la fiduciaria Corficolombiana encargada de la administración y pago de este contrato de concesión. Por otro lado, cuando existía retrasos por parte de los usuarios la CEC SA ESP, entrega la base de datos al concesionario eléctricas de Medellín para que a través de la Secretaría de Hacienda se realizaran los cobros, vía ejecución fiscal. PREGUNTADO: Informe con qué periodicidad debía la CEC realizar la transferencia de los recursos a la fiduciaria. CONTESTADO: Mensualmente..." (Folio 339 c2)

Declaración de ANDRÉS EDUARDO SOPO ZAPATA, asesor financiero de la CEC. (Folio 606 a 607 c. 4) frente al procedimiento para el giro de los recaudos por parte de esa compañía, manifestó: "

PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted conoce si la COMPAÑIA ELECTRICA DEL CAUCA S.A. E.S.P. CEC S.A. E.S.P., giro al municipio de Popayán el recaudo del impuesto de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009, que correspondía a un valor de \$383.864.448. **CONTESTÓ:** El procedimiento que utilizaba CEC para realizar los giros en la práctica contaban con un término mayor dos (2) meses vencidos, pues recaudados los dineros se debía realizar la liquidación y división de los valores que correspondían a consumo de energía y de los valores que correspondía a recaudo y alumbrado público, para julio de 2009 consta la liquidación de convenio de facturación, distribución y recaudo con fecha 8 de septiembre del año 2009 y orden de pago 226 para agosto consta la liquidación de convenio facturación, distribución y recaudo con fecha 9 de octubre del año 2009 y orden de pago N° 2566. Tanto las liquidaciones como las órdenes de pago aquí citadas se encuentran aportadas como pruebas documentales dentro del expediente presentado por parte del Apoderado de CEC. Por otra parte el Concesionario de Alumbrado público, también recaudaba la información dos (2) meses vencidos al igual que lo hacía CEC prueba de ello, son las comunicaciones emitidas por parte de la Empresa de Alumbrado Público a CEC con fecha 18 de septiembre de 2009, donde indicaban consignar los recursos del mes de julio y mediante el comunicado del 3 de noviembre de 2009, indicaban a CEC consignar los recursos correspondientes al mes de agosto. Por la metodología explicada anteriormente, los giros que realizaba CEC (sic) al Concesionario de Alumbrado Público se realizaban dos o tres meses después. Por lo anterior, y por la toma intempestiva por parte de CEDELCA de la operación, CEÇ quedó imposibilitado de realizar los pagos correspondientes a los meses de julio y agosto de 2009."

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Mediante oficio de 28 de septiembre de 2009, el agente de interventoría de Centrales Eléctricas del Cauca SA ESP, solicitó a la Inspección de Policía de Popayán amparo policivo de los bienes inmuebles de CEDELCA entregados a la CEC en virtud del contrato de gestión, de conformidad con la causal 20.3 del mismo.

La alcaldía de Popayán mediante Decreto del 30 de septiembre de 2009, ordenó la práctica de la inspección ocular para proseguir con el amparo policivo solicitado por CEDELCA. (Folio 640 y 641)

El 04 de octubre de 2009, se llevó a cabo desalojo por parte del Secretario de Gobierno Municipal de Popayán con unidades de la Policía Nacional, en las instalaciones ocupadas por personal de la CEC (folios 643 a 650)

Mediante auto 011 de 17 de enero de 2014 se decretó por la Contraloría General de la República, una prueba de oficio relacionada con la elaboración de un informe técnico. (folio 754 a 756 c.4)

Mediante auto 101 se corrió traslado del informe técnico que fue elaborado el 5 de marzo de 2014 (folio 764 y 765 c4); sin embargo, ante la declaratoria de nulidad de lo actuado por parte de la Contraloría General de la República, se corrió traslado nuevamente mediante Auto 01 de 20 de agosto de 2014, pero esta vez por la Contraloría Municipal de Popayán. (Folio 1278 c7)

El informe técnico⁸ en cuestión tenía la finalidad de determinar el procedimiento para el pago y traslado de los dineros recepcionados por el impuesto de alumbrado público, recaudado para el periodo julio y agosto de 2009, en razón de la retoma de posesión por parte de CEDELCA y se identifique si el recaudo realizado por la CEC hasta septiembre de 2009 y el manejo de cuentas de recaudo fue objeto de retoma por CEDELCA.

De las actividades realizadas se describe lo siguiente en dicho informe:

1. INFORMACION DEL EXPEDIENTE

A folios 35 y 36 figuran las liquidaciones parciales del convenio de facturación, distribución y recaudo alumbrado público de Popayán, con la siguiente información:

⁸ Folios 766 a 772 c. 4

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A folio 59 el interventor de la CEC en su informe del mes de marzo de 2010 manifiesta *"actualmente, la empresa CEC SA que recauda la tasa de alumbrado público correspondiente a los meses de julio y agosto de 2009, adeuda a la concesión una suma aproximada a los \$ 383 millones, correspondiente a los dineros facturados y recaudados por concepto del impuesto, después de deducir el suministro de energía y el costo del servicio de facturación y recaudo, correspondiente a estos dos meses."* Situación que evidencia que en esa fecha (marzo del 2010) no se había realizado el giro de los recursos.

Dentro del análisis de la información se evidencia que la CEC adeudaba al concesionario de alumbrado público \$ 1.240.569.275 (folio 117), desde diciembre de 2008 a junio de 2009.

A folio 179 figura una certificación de la Fiduciaria Corficolombia de mayo 10 de 2011 donde manifiesta que la CEC S.A E.S.P no ha reportado pagos por los meses de Julio y Agosto de 2009 a las cuentas del Fideicomiso.

A folio 288 se comunica a Seguros MAPFRE SA el Auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal por presuntas irregularidades en cuanto al giro de los recursos que debía efectuar la CEC a la Fiduciaria de los meses de julio y agosto de 2009.

A folio 327 figura la versión libre y espontánea del señor PEDRO MANUEL GOMEZ GOMEZ, en calidad de representante suplente de la CEC donde Manifiesta respecto al no giro de los recursos: *"Es preciso mencionar previo a dar respuesta, que es imposible determinar con exactitud si efectivamente se incurrió en un incumplimiento a la obligación de girar al municipio de Popayán el recaudo del impuesto público del mes de Julio y Agosto de 2009, toda vez que la forma en que fue desalojada mi representada el día 04 de octubre de 2009 por parte de CEDELCA S.A E.S.P le impide verificar en documentos si el recaudo efectivamente se realizó, sí se efectuaron los correspondientes pagos por parte de los usuarios finales, si existió cartera morosa....."*.

El municipio de Popayán en vista de esta situación opta por convocar un tribunal de arbitramento con el fin de recuperar los recursos, situación que a enero de 2013 no se había llevado acabo como consta en el oficio 20131800008431.

A folio 466 figura la orden de pago 2261 del 16 de septiembre de 2009, en la cual la CEC, gira \$ 580.654.000 en los cuales se encuentra el valor de \$ 199.891.231 girado a Fiduciaria Corficolombia y que corresponde al recaudo del servicio de alumbrado del mes de Julio y a folio 470 figura la Orden de pago 2566 sin fecha, en la cual la CEC, gira \$ 494.059.711 en los cuales se encuentra el valor de \$ 184.014.402 girado a Fiduciaria Corficolombia y que corresponde al recaudo del servicio de alumbrado del mes de Agosto, sin embargo A folio 179 figura una certificación de la Fiduciaria Corficolombia de mayo 10 de 2011 donde manifiesta que la CEC S.A E.S.P no ha reportado pagos por los meses de Julio y Agosto de 2009 a las cuentas del Fideicomiso.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A folio 588 (vto) figura la declaración de OLGA MIREYA VILLALBA DÍAZ representante legal de la CEC quien manifiesta: "... CEDELCA cancela el contrato unilateralmente el 9 de septiembre del año 2009 y posteriormente se da amparo policivo el día 4 de octubre del año 2009, siendo arbitrario. De esta forma CEC, pierde todos sus beneficios, su información financiera, como su base de datos comercial y contable para obtener la información de recaudos de cartera entre otros reportes, el control de la caja y sus recaudos dejando un daño financiero donde no se puede dar los pagos de contribuciones, pagos de alumbrado público.."

A folio 603 figura declaración de NIXON FERNANDO FORERO GÓMEZ, funcionario de la CEC, quien manifiesta: que vio cómo CEDELCA se apropiaba de los dineros provenientes de la facturación y cartera correspondientes a la prestación del servicio y suministro de energía correspondientes en el mes de octubre que suministró y facturó CEDELCA y a todos los dineros correspondientes a terceros, proveedores y en general a todos los dineros correspondientes a terceros, proveedores y en general a todas personas jurídicas y naturales con las cuales la CEC, el desarrollo del objeto del contrato debía por el hecho de un contrato o una prestación el pago de sumas de dinero."

A folio 606 (dorso) figura la declaración de ANDRÉS EDUARDO SOPO ZAPATA asesor financiero de la CEC, quien manifiesta: "El procedimiento que utilizaba la CEC para realizar los giros en la práctica contaban con un término mayor a dos (2) meses vencidos, pues recaudados los dineros se debía realizar la liquidación y división de los valores que correspondían a consumo de energía y de los valores que correspondían a recaudo y alumbrado público, para julio de 2009 consta la liquidación del convenio de facturación, distribución y recaudo con fecha 8 de septiembre de 2009 y orden de pago 2261, para agosto consta la liquidación de convenio facturación, distribución y recaudo con fecha 9 de octubre del año 2009 y orden de pago 2566. Tanto las liquidaciones como las órdenes de pago aquí citadas se encuentran aportadas como pruebas documentales dentro del expediente presentado por parte del apoderado de la CEC.

A folio 634 se encuentra la respuesta del Gerente General de CEDELCA relacionada con información sobre la toma de activos y recaudos realizados por la CEC hasta la fecha de posesión de la empresa.

Con corte a 30 de septiembre en un archivo Excel se remite información sobre el monto de la cartera de alumbrado público la cual facturó la CEC durante el tiempo que estuvo a cargo del contrato, dicha cartera asciende a \$ 384.588.983, valor que a la fecha de posesión no había sido recaudado, (folio 652), informe realizado por la firma APPLUS NORCONTROL interventora del contrato de gestión. Además hay un saldo de cartera a favor del concesionario de alumbrado público por \$167.019.375, el cual según la relación está a cargo de CEDELCA.

3. Análisis

De acuerdo con la asignación para la práctica de la prueba técnica, los documentos existentes en el expediente y los recaudados para la

rendición del informe, se procede a resolver el problema jurídico en los siguientes términos:

1. Hay una situación que es evidente y se relaciona con el no pago al concesionario de alumbrado público durante los meses de julio y agosto de 2009 por \$383.864.448, hecho que hasta la fecha no se ha dado, concluyendo que se presenta un incumplimiento de la obligación pactada en el contrato.
2. La CEC había presentado continuos incumplimientos en el giro al concesionario de alumbrado público; en la documentación analizada se observa retrasos desde diciembre de 2008 a junio de 2009 por \$ 1.240.569.275 (folio 117)
3. En el expediente aparece una certificación de la Fiduciaria Corficolombia de mayo 10 de 2011 donde manifiesta que la CEC S.A E.S.P no ha reportado pagos por los meses de julio y agosto de 2009 a las cuentas del Fideicomiso, evidenciándose el no pago de la obligación por la CEC. (folio 179).
4. A folio 466 figura la Orden de pago 2261 del 16 de septiembre de 2009, en la que la CEC, gira \$ 580.654.000 en los que se encuentra el valor de \$199.891.231 que corresponde al recaudo del servicio de alumbrado del mes de Julio y a folio 470 figura la Orden de pago 2566 sin fecha, en la cual la CEC, gira \$ 494.059.711 en los que se encuentra el valor de \$ 184.014.402 que corresponde al recaudo del servicio de alumbrado del mes de Agosto, sin embargo estos giros no se hicieron efectivos de conformidad con lo mencionado en el punto anterior.
5. En ese orden de ideas se presenta un claro incumplimiento por parte del operador a las obligaciones consignadas en el contrato, pues de conformidad con los periodos de facturación se tiene que entre dos y tres meses es el término para el giro de los recursos. Para el mes de julio de 2009, la facturación se hace en los primeros días del mes de agosto y los recaudos están programados para recibirlos.

Conclusiones del Informe Técnico Contable:

De acuerdo con el análisis de la documentación que figura en el expediente y la remitida por los bancos, CEDELCA y la respuesta entrega por los interventores, se evidencia el incumplimiento de la CEC de la obligación de la transferencia de los recursos recaudados por servicio de alumbrado público de manera oportuna hasta la fecha que fue operador del contrato.

Existen certificaciones de los pagos realizados por la CEC hasta el mes de junio de 2009, y posteriormente se adjuntan los comprobantes de pago realizados por CEDELCA después de la retorna de septiembre de 2009 en adelante.

De los meses de julio de agosto de 2009, se encuentran los comprobantes de egreso debidamente elaborados los cuales se encuentran en el expediente, pero los giros no se realizaron tal como

lo certifica la Fiduciaria Corficolombia quien es la encargada de recibir los dineros producto del recaudo de alumbrado Público.

En la retoma realizada por CEDELCA no se apropiaron de recursos financieros de la CEC, no existió embargos y restricciones al manejo de las cuentas de recaudo aperturadas por la CEC, incluso estas cuentas estuvieron activas hasta el mes de marzo de 2010 tal como los certifican los bancos, a partir del 4 de octubre CEDELCA utilizó sus cuentas para realizar el recaudo y posteriores giros.

Con fundamento en lo anterior, este Tribunal colige que en el caso concreto se materializó el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, pues se puede determinar que la CEC actuó con negligencia en el cumplimiento del contrato de cesión para el recaudo del impuesto de alumbrado público en el municipio de Popayán, porque durante el tiempo que duró el contrato no consignó oportunamente los dineros recaudados y siempre fue motivo de requerimientos para que procediera con dicho compromiso.

Pese a que los llamados a declarar de la CEC, sostienen que la compañía tenía hasta tres meses para realizar la consignación de los valores que correspondían al recaudo y alumbrado público, lo cierto es que al no haber un pago oportuno de los recaudos anteriores a los meses de julio y agosto de 2009, las afirmaciones no tienen sustento; por el contrario los requerimientos indican que el pago debía hacerse al mes siguiente.

Ahora, tampoco se considera que la retoma de CEDELCA haya sido la causa del incumplimiento de dicho compromiso por parte de la CEC, pese a que con sentencia de Tribunal de Arbitramento del 04 de abril de 2014 (folios 1031 a 1277 c 4 y 5), se haya declarado que CEDELCA no estaba facultada para declarar la terminación anticipada del contrato de gestión en la forma que lo hizo; pues ya se tenía el antecedente que la compañía CEC no realizó la consignación del recaudo por alumbrado público de manera oportuna, y en segundo lugar, porque el informe técnico elaborado el 5 de marzo de 2014, concluyó que en la retoma de CEDELCA, no se apropiaron recursos financieros de la CEC, no existieron embargos y restricciones al manejo de las cuentas de recaudo aperturadas por la CEC.

4.2.3. Nexo causal.

La Sala encuentra estructurado el nexo causal entre la conducta y el daño por el cual fue declarada responsable fiscalmente a la CEC SA ESP., pues dicha compañía ejerció control fiscal sobre los recursos del municipio de Popayán, en lo que corresponde al impuesto de alumbrado público, sin que procediera a la respectiva consignación, para los meses de julio y agosto de 2009, lo cual le correspondía de conformidad con el contrato de cesión suscrito con CEDELCA; de manera que los cargos de la parte actora en cuanto a la responsabilidad fiscal endilgada, no están llamados a prosperar.

4.3. No se vulneró el debido proceso

Refirieron los demandantes que a la CEC SA ESP, le fue vulnerado el debido proceso administrativo por falta de notificación en debida forma del auto de imputación de responsabilidad fiscal, razón por la que no pudo ejercer en tiempo su derecho de defensa.

Sustenta que las notificaciones venían siendo realizadas en el domicilio de la CEC; sin embargo, el referido auto fue notificado en la dirección de residencia de la antigua apoderada o de su representante legal.

Ahora bien, mediante Auto 02 de 13 de marzo de 2015, por el cual se imputa responsabilidad fiscal⁹ a la Compañía de Electricidad del Cauca, ordena en el artículo 3 notificar personalmente a dicha compañía y las compañías garantes; pero también refiere en el artículo 5 que de no ser posible la notificación personal se procederá a notificar por aviso de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

De acuerdo con los anexos del proceso, con oficio del 16 de marzo de 2015¹⁰, se citó a la Dra. LINA MARIA PENAGOS VELASCO, apoderada de la señora OLGA MIREYA VILLALBA DIAZ, en calidad de representante de la CEC SA ESP en la carrera 116 N° 152-20 de la ciudad de Bogotá, con el fin de notificarle personalmente del contenido y términos del Auto de Imputación del Proceso de Responsabilidad Fiscal N° 08 de 23 de marzo de 2015(sic). El oficio fue recibido en la dirección indicada el 19 de marzo de 2015¹¹

Con oficio 675 de 10 de abril de 2015, le fue notificado por aviso a la Dra. LINA MARIA PENAGOS VELASCO el Auto 02 de 13 de marzo de 2015, por el cual se imputa responsabilidad fiscal dentro del proceso con radicación RF.08-2014, a la CEC SA ESP; el oficio fue entregado el 14 de abril de 2015 en la dirección antes citada.

Se encuentra que el 27 de julio de 2015, la Dra. LINA MARIA PENAGOS VELASQUEZ en calidad de apoderada judicial de la CEC SA ESP., presentó escrito ante la Contraloría Municipal de Popayán, solicitando se declare la nulidad por violación al debido proceso por indebida notificación del auto de imputación de cargos dentro proceso radicado RF.08-2014.

Manifestó la apoderada de la CEC que hubo indebida notificación porque no se notificó a la empresa demandada en su domicilio sino que envía citación a la carrera 116 N° 152-20 domicilio que correspondía a su

⁹ Folio 1309 c7

¹⁰ Folio 1321 c7

¹¹ folio 1323 c7

apoderada, pero que hace más de un año no reside allí, siendo el domicilio actual en la carrera 6D N° 88D-59 interior 17 apto 504 agrupación 2 barrio Santafé de El Tintal. Además que quien recibió la citación y notificación por aviso es una persona diferente a ella.

Mediante Auto N° 03 de 29 de julio de 2015, se resuelve la solicitud de nulidad planteada por la CEC, de manera desfavorable, exponiendo básicamente que a la Dra. LINA MARIA PENAGOS VELASQUEZ en calidad de apoderada judicial de la CEC SA ESP., le fueron adelantadas las diligencias de notificación personal del auto de cargos, en la dirección aportada para notificaciones como apoderada de la representante legal de la CEC, de acuerdo con la dirección aportada en la diligencia de versión libre. Que si hubo un cambio de dirección de domicilio debía ser informado, lo cual no ocurrió.

Ahora, de las actuaciones puede verificar este Tribunal, que en efecto se tiene que la representante legal de la Compañía de Electricidad del Cauca, SA ESP, rindió versión libre en la ciudad de Popayán el 19 de agosto de 2014, (folio 1020 c6). En la diligencia se le hizo saber que podía estar asistida de un apoderado de confianza, para lo cual manifestó que nombraba a la doctora LINA MARÍA PENAGOS VELÁSQUEZ, quien manifestó igualmente recibir notificaciones en la carrera 116 N° 152-20 de Bogotá; correo electrónico *linapenagos1@hotmail.com*.

En la mencionada dirección es donde fueron enviadas las notificaciones por la Contraloría Municipal de Popayán, en ningún momento se manifestó por las personas que recibieron la correspondencia de la empresa de correos que la destinataria no residía allí. No obstante aunque ello no convalide la notificación, la abogada no informó respecto del cambio de residencia para recibir notificaciones, que es un deber profesional de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, que en su inciso 15, preceptúa:

ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado:

15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.

Igualmente se establece el deber de informar el cambio de domicilio en el artículo 112 de la Ley 1454 de 2011, que dice:

SUBSECCIÓN III.

DISPOSICIONES COMUNES AL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y AL PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

ARTÍCULO 112. CITACIONES Y NOTIFICACIONES. Cuando se deba notificar personalmente una decisión, o convocarse a la celebración de una audiencia se citará oportunamente a las partes, al garante, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación.

El presunto responsable y su apoderado si lo tuviere, o el defensor de oficio, y el garante en calidad de tercero civilmente responsable, tendrán la obligación procesal de señalar la dirección, el correo electrónico o cualquier otro medio idóneo de comunicación, en el cual se recibirán las citaciones. Igualmente tendrán el deber de informar cualquier cambio que se presente en el curso del proceso. Cuando se haga un cambio de dirección, el funcionario responsable deberá hacer en forma inmediata el respectivo registro, so pena de sanción de conformidad con lo establecido en el Código Único Disciplinario. La omisión a este deber implicará que sean legalmente válidas las comunicaciones que se envíen a la última dirección conocida.

La citación debe indicar la clase de diligencia para la cual se le requiere, el lugar, la fecha y hora en donde se llevará a cabo y el número de radicación de la actuación a la cual corresponde.

De acuerdo con lo anterior, no prospera el cargo de violación al debido proceso por indebida notificación, por cuanto la notificación surtida respecto del auto de imputación de responsabilidad fiscal, se surtió en la última dirección de domicilio conocida de la apoderada de la representante legal de CEC, sin que sea obligatorio para la entidad fiscalizadora notificar personalmente al presunto responsable fiscal, como lo infiere la demandante, porque la Ley 610 de 2000, *por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*, permite que puede ser notificado el auto de imputación a su apoderado. Así se preceptúa en el artículo 49 de la referida norma:

Artículo 49. Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43.

4.4. De los terceros civilmente responsables.

Dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. RF08-2014, aperturado en contra de la Compañía de Electricidad del Cauca SA ESP., se vinculó como terceros civilmente responsable a la Aseguradora Seguros Colpatria S.A. y Seguros Generales de Colombia S.A. MAPFRE.

Consideró la Contraloría Municipal de Popayán que las aseguradoras llamadas debían ser vinculadas al proceso en calidad de tercero civilmente

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

responsable, en virtud de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades de servicio público N°. 8001 02 1 893, Vigencia: 07 de octubre de 2008 hasta el 7 de octubre de 2009, cuyo objeto fue, garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato para la gestión, ampliación, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio de distribución y comercialización de energía en el Departamento del Cauca, suscrito el 07 de octubre de 2008 y derivado del concurso público No. 001 - CEDELCA- 2008 (folios 469 a 473). Por ello consideró que la póliza antes mencionada, si es aplicable para el caso, porque la CEC S.A. E.S.P., tiene que realizar una gestión operativa, técnica y comercial, inversión y ampliación de coberturas del servicio que presta.

4.4.1. Las Aseguradoras Seguros Colpatria S.A. y Seguros Generales de Colombia S.A. MAPFRE son civilmente responsables.

Argumentaron las aseguradoras, que los actos administrativos atacados adolecen de vicio de competencia, debido a que era la entidad estatal contratante, por medio de acto administrativo, la que debe hacer efectiva la garantía de la póliza y por ello la Contraloría, en virtud de un supuesto detrimento fiscal, no puede remplazar, sustituir, ni sustraer la competencia que es única y exclusiva del ente contratante. Además que se desconoció la cláusula compromisoria, toda vez que la Contraloría intentó realizar el vínculo entre las obligaciones contempladas dentro del contrato de Gestión y el contrato para la Facturación, Distribución, Recaudo de la Tasa de Alumbrado Público y reconocimiento del sistema de Distribución Local (SDL), que no fue objeto de la cobertura.

Ahora bien, en primer lugar debe decirse que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 establece que "Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado."

La Corte Constitucional en la Sentencia C-648 de 2002, explica el fundamento y objetivos de la garantía contractual, en los siguientes términos:

...

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del

contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas^[17].

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas. (Resalta el Tribunal)

Así las cosas, no les asiste razón a las aseguradoras al referir que únicamente la entidad estatal contratante es la que debe hacer efectiva la garantía de la póliza, y que la Contraloría asumió funciones que no le son propias al declararles civilmente responsables; toda vez que se ha determinado que la vinculación del asegurador, además del interés general y de la finalidad

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

social del Estado que representa, constituye una medida razonable, que atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa.

Además, puntualiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública¹². No significa lo anterior – dice la Corte-, que sea deber para las compañías de seguros garantizar riesgos no amparados por ellas.

En cuanto la cobertura de la referida póliza, en la misma figura como tomador y afianzado, COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP., y como beneficiario CENTRALES ELÉCTRICA DEL CAUCA S.A. E.S.P. - CEDELCA S.A. E.S.P.; se estipuló como objeto de la garantía dentro de la carátula, la siguiente:

"OBJETO DE LA GARANTIA: GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO PARA LA GESTIÓN, AMPLIACIÓN, REHABILITACIÓN, MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO Y DEMÁS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA EN EL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, SUSCRITO EL 7 DE OCTUBRE DE 2008 Y DERIVADO DEL CONCURSO PÚBLICO No.0010 CEDELCA-2008".

El contrato de seguro (póliza) correspondía entonces al contrato de Gestión suscrito el 7 de octubre de 2008, entre la CEC S.A. E.S.P y CEDELCA S.A. E.S.P., con motivo del concurso público No. 0010 CEDELCA-2008; contrato de gestión que tenía el siguiente objeto:

El objeto del presente Contrato consiste en que el Gestor por su cuenta y riesgo asuma la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura del servicio y demás actividades, necesarias para la prestación de los servicios de **distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Cauca**.

Así mismo, para el desarrollo del objeto del presente Contrato, la Empresa hará la entrega de los activos y del uso y goce de la infraestructura de los servicios públicos, **de distribución y comercialización al Gestor**, a título de arrendamiento, con el fin de que dicho Gestor pueda cumplir con el objeto del presente Contrato.

En desarrollo del objeto de este Contrato, el Gestor deberá por su cuenta y riesgo (i) realizar todas las acciones necesarias para el desarrollo del Objeto del Contrato; (ii) realizar las Inversiones necesarias para el efecto, cumpliendo con los compromisos exigidos tanto en los Pliegos de Condiciones como en el presente Contrato y su Oferta Económica; (iii) adelantar todas las gestiones relacionadas con las labores comerciales, las cuales incluyen, sin perjuicio de otras que sean necesarias, la lectura de los contadores, la crítica, entrega y cobro del servicio el recaudo y en

¹² Corte Constitucional Sentencia C-648 de 2002

general, todas aquellas actividades comerciales necesarias para prestar una atención integral a los Usuarios y iv) todas las demás tareas requeridas para brindar una adecuada, oportuna y satisfactoria atención al usuario, siempre de acuerdo con la normativa regulatoria y legal; y) en general, realizar toda la gestión administrativa, operativa, técnica y demás actuaciones necesarias para garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el motivo de inconformidad de las aseguradoras es que la referida póliza cubría únicamente contingencias derivadas del contrato de gestión, es preciso determinar si las actividades de facturación, distribución, recaudo y participación de la tasa de alumbrado público en el municipio de Popayán, hacían parte de las actividades a desarrollar por el gestor CEC. Para ello se deben tener en cuenta los antecedentes que llevaron a CEDELCA S.A. a suscribir el contrato de gestión.

Así, en la cláusula 2 del contrato de gestión se establecen los antecedentes y consideraciones del mismo en los siguientes términos:

“Cláusula 2.- Antecedentes y Consideraciones.

- 2.1 CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. ESP, es una empresa de servicios públicos constituida como sociedad por acciones mixta que tiene dentro de su objeto prestar los servicios de distribución, comercialización y generación de energía eléctrica en el Departamento del Cauca.
- 2.2 La Superintendencia de Servicios Públicos (SSPD), en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, tomó posesión de la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. ESP. (CEDELCA) en diciembre de 1999 con fines de administración. Mediante Resolución 20051300013845 del 13 de julio de 2005, la SSPD estableció que la modalidad de toma de posesión sería con fines liquidatorios -administración temporal-
- 2.3 Que el 3 de noviembre de 2006 mediante Resolución N° 20061300042285 esbozó el plan de acción para la salvación de la Empresa, plan que se consolidó mediante acuerdo entre la SSPD y Sintraelec Col Seccional Cauca el 19 de mayo de 2006. Dicha Resolución esboza lo siguiente: "*Que la: Superintendencia de Servicios Públicos y Sintraelec Col Seccional Cauca, en desarrollo del plan de acción establecido en la Resolución No. 20051300013845 del 13 de julio de 2005, consolidaron un-acuerdo, el 19 de mayo de 2006, para la salvación de la empresa Centrales Eléctricas del Cauca-S.A. E.S.P. (en adelante CEDELCA), el cual implica adelantar exitosamente el siguiente Plan de Acción: 1. Plan de retiro voluntario para todos los empleados de la empresa, respetando sus derechos legales y convencionales-. 2. CEDELCA, si se cumple el plan*

de retiro de todos los empleados, CEDELCA celebrará con SINTRAELECOL SECCIONAL CAUCA un contrato sindical para la operación de las Pequeñas Centrales Hidroeléctricas (PCH's), con el requisito de garantizar condiciones de eficiencia en la operación de las plantas. 3. CEDELCA mediante concurso público seleccionará un gestor especializado para la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica, el cual deberá aportar recursos de capital y crédito para Inversiones que permitan reducir los altos índices de pérdidas, ampliar la cobertura del servicio y garantizar la calidad y continuidad 'del mismo. 4. La sociedad Gestora tendrá el compromiso de democratizar hasta un 25% de la participación accionaria con destino a los usuarios y ex trabajadores de Cedelca, para lo cual hará la oferta y recaudo a través de las facturas conforme a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 142 de 1994 modificada por la Ley 812 de 2003. 5. CEDELCA recibirá una remuneración con las cuales cubrirá las mesadas pensionales, hará el fondeo del pasivo pensional, pagará la interventoría y atenderá el servicio de la deuda del crédito contratado por el pago del retiro voluntario del personal."

- 2.4 Que con el fin de asegurar la continua y eficiente prestación del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Cauca CEDELCA llevó a cabo el Concurso Público No. 00-1-CEDELCA 2008 con el objeto de seleccionar el Gestor Especializado.
- 2.5 Que en audiencia pública se llevó a cabo el proceso de adjudicación, según consta en el Acta de apertura del sobre No2 y adjudicación del Concurso Público Cedelca No.001 de 2008, de fecha 17 de septiembre de 2008 de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Pliego de Condiciones.
- 2.6 Que el Gestor de conformidad con la información aportada en el Concurso cuenta con los recursos para ejecutar el objeto del contrato y para cumplir con las Inversiones requeridas para garantizar la prestación del servicio público energía eléctrica en el Área de Influencia.
- 2.7 Que se han cumplido todos los requisitos legales y estatutarios para la celebración del presente Contrato, en especial aquellos establecidos en el Pliego de Condiciones.
- 2.8 Que teniendo en cuenta el proceso de debida diligencia adelantado por el Gestor dentro del proceso desarrollado para la adjudicación del presente contrato, este ha realizado todas las evaluaciones previas y un examen cuidadoso de las características del Contrato y en consecuencia, asume la responsabilidad de conocer todas y cada una de las implicaciones del Contrato."

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta la normatividad que regula la prestación del servicio de alumbrado público, con el fin de

verificar si constituye una actividad aislada de la prestación de servicio de energía eléctrica.

El Decreto 2424 de julio 18 de 2006 "Por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público", establece lo siguiente:

Artículo 1°. Campo de Aplicación. El presente decreto aplica al servicio de alumbrado público y a las actividades que realicen los prestadores de este servicio.

Artículo 2°. Definición Servicio de Alumbrado Público. Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. **El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.**

Parágrafo. La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito.

Artículo 3°. **Sistema de Alumbrado Público. Comprende el conjunto de luminarias, redes, transformadores de uso exclusivo y en general, todos los equipos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público, que no formen parte del sistema de distribución.**

Artículo 4°. Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

De acuerdo con la norma citada, la prestación del servicio de alumbrado público corresponde a los municipios o distritos, sin perjuicio de que lo haga a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

En el municipio de Popayán, se determinó en el Acuerdo N° 10 de 16 de junio de 1992, "Por el cual se modifica el artículo 1° del Acuerdo N° 02 de 1936 y se fija la base gravable, la tarifa y demás aspectos relativos al impuesto de alumbrado público"; que el cobro de dicho impuesto lo realizarían directamente las empresas que presten el servicio público de energía en la ciudad de Popayán.

Ahora, el contrato por el cual la CEC S.A. E.S.P. incumplió con la obligación de realizar el giro de los recursos que por tasa de alumbrado público recaudaba, fue suscrito entre el municipio de Popayán y Centrales Eléctricas del Cauca SA. E.S.P. - CEDELCA S.A. E.S.P., el día 07 de diciembre de 1998; dicho contrato fue cedido por

CEDELCA S.A. E.S.P a la Compañía de Electricidad del Cauca S.A. E.S.P. CEC S.A. O.P. mediante acuerdo de cesión el 09 de febrero de 2009¹³.

El objeto del contrato era: **la facturación, distribución, recaudo y participación de la tasa de alumbrado público en el municipio de Popayán**¹⁴, Igualmente establecía el objeto del contrato cedido, **que las actividades de facturación distribución y recaudo de la tasa de alumbrado público son complementarias a la del suministro de energía para los clientes regulados en el área de jurisdicción del municipio**¹⁵.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, la finalidad de la contratación de un gestor por parte de CEDELCA SA, correspondía al plan de acción para la salvación de la Empresa, que a su vez asegurara la continua y eficiente prestación del servicio de energía eléctrica, prestado por CEDELCA.

Por lo tanto, las actividades de facturación, distribución, recaudo y participación de la tasa de alumbrado público en el municipio de Popayán, hacían parte las actividades que debía adelantar el Gestor-CEC a través de contrato para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca; pues se determina que esas actividades son complementarias.

Ello debía ser claro para el gestor, por cuanto dentro del proceso desarrollado para la adjudicación del contrato de gestión, había realizado todas las evaluaciones previas y un examen cuidadoso de las características del contrato y en consecuencia, asumiría la responsabilidad de conocer todas y cada una de sus implicaciones. Tanto así que asumió, en ese orden la cesión del contrato por el recaudo de alumbrado público.

Asiendo así las cosas, no pueden señalar ahora las aseguradoras, que fueron sorprendidas con la cesión de las actividades de facturación distribución y recaudo de la tasa de alumbrado asumidas por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA, por cuanto fueron concedoras de las implicaciones del contrato de gestión, resultando entonces civilmente responsables del incumplimiento de las obligaciones del asegurado.

5. Conclusiones

Dentro de la actuación fiscal adelantada contra la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP y como terceros civilmente responsables AXA COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, esta Sala no encuentra vulneración del debido proceso, porque

¹³ Folio 45 a 49 c. ppal 1 exp-2016 00265 00

¹⁴ folio 16 a 24 cp1 exp-2016 00265 00

¹⁵ Folio 107 c. principal 1 exp. 2016-00265

ejercieron su derecho de defensa de acuerdo con las oportunidades procesales; tuvieron la oportunidad de solicitar, aportar y controvertir las pruebas del operador fiscal, así como les fueron notificadas todas las actuaciones procesales oportunamente, ejerciendo los recursos procedentes.

También se tiene, que el recaudo probatorio y su valoración por el operador fiscal fue dentro de la sana crítica, en la búsqueda de determinar la responsabilidad de los investigados hallándose estructurados los elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado, un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Igualmente considera la Sala que la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal de las Aseguradoras Seguros Colpatria S.A. y Seguros Generales de Colombia S.A. MAPFRE, encuentra fundamento normativo (artículo 44 de la Ley 610 de 2000) y jurisprudencial, por lo que la entidad fiscalizadora no se atribuyó funciones que no le corresponden.

Del mismo modo se concluye que la póliza que llevó a vincular dichas aseguradoras, si tiene la virtualidad de cubrir a la entidad de servicio público contratante con ocasión del objeto contractual dentro del contrato de cesión, por cuanto las actividades de facturación, distribución, recaudo y participación de la tasa de alumbrado público en el municipio de Popayán, hacían parte las actividades que debía adelantar el Gestor-CEC a través de contrato para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía en el departamento del Cauca; son complementarias.

Como consecuencia, no hay sustento para declarar la nulidad de las decisiones adoptadas al interior del proceso fiscal.

6. Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, las costas estarán a cargo de la parte vencida, que en este caso resulta ser la parte demandante. Las agencias en derecho ascenderán a la suma del cero como cinco por ciento (0,5%) del valor de las pretensiones de la demanda. Las costas se liquidarán por Secretaría.

Expediente: 19001-23-33-002-2016 00265-00 / 2016 00269-00 (acumulado)
Demandante: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP - AXA COLPATRIA SEGUROS SA y OTRO
Demandado: MUNICIPIO DE POPAYÁN - CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

II. DECISIÓN

Por las razones expuestas, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CAUCA SA ESP, AXA COLPATRIA SEGUROS SA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA, en contra del municipio de Popayán - Contraloría Municipal de Popayán, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante en primera instancia. Liquidense por Secretaría.

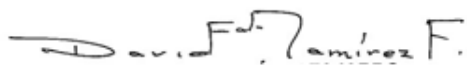
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO



JAIRO RESTREPO CÁCERES