

PAPEL DE TRABAJO
DIRECCIÓN TÉCNICA ANTE RECURSO NATURALES Y ASEO
EVALUACIÓN COMPONENTE DE GESTIÓN – FACTOR DE LEGALIDAD
AGEI Especial a la gestión de la UAESPM en la prestación del servicio de
alumbrado público-vigencia 2019

Ref. P/T : **GC 002**

Organismo Auditado: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESPM
Auditores: Claudia Ximena Bueno Penagos y Marlen García De La Cadena.
Vigencia: 2019
MARCO LEGAL: Evaluación de la actividad de supervisión de la UAESPM frente a la prestación del servicio de alumbrado público.
<p>Informes del Director de la UAESPM sobre la supervisión del alumbrado público</p> <p>En la evaluación de la supervisión adelantada por la UAESPM al convenio interadministrativo celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali y la Empresa de Energía Eléctrica de Cali - ENERCALI S.A. ES.P. (hoy fusionada con EMCALI E.I.C.E. E.S.P.), cuyo objeto es: <i>“prestar el servicio de alumbrado público definido como el suministro de energía eléctrica, la compraventa de energía eléctrica, facturación y el recaudo de los dineros vía tarifaria de alumbrado público, instalación, recambio, mantenimiento y administración de la infraestructura y elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público del municipio de Santiago de Cali, incluidas las nuevas obras que se anexen al sistema. Todo lo anterior lo realiza ya sea por sí misma o a través de un tercero o de manera conjunta”</i>., se evidencian debilidades por parte del director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESPM en las actividades y funciones jurídicas, legales de vigilancia y control de la supervisión, en sus cuatro (04) Informes de Supervisión de Alumbrado Público, presentados trimestralmente en las fechas de: marzo 31, junio 30, septiembre 30 y diciembre de la vigencia 2019.</p> <p>Por cuanto describe en el punto 3.1. Actividades Realizadas, del primer informe de marzo 31/2019, pág. 22 y 23, en apartes:</p> <p><i>“Se brindó apoyo jurídico a la supervisión del convenio interadministrativo para la prestación del servicio de alumbrado público, en lo concerniente a ajustes de oficios y acompañamiento en mesa de trabajo llevada a cabo el cuatro (4) de febrero de 2019, con el fin de tratar lo relacionado con el material retirado por modernización y obsolescencia; ajustes de oficios en respuesta al Concejo de Santiago de Cali, a la Personería Municipal y a la Secretaría de Vivienda del Municipio de Cali, sobre las competencias de la Unidad. Así mismo, se brindó acompañamiento en mesa de trabajo llevada a cabo el seis (6) de marzo de 2019, con el fin de tratar lo relacionado con el daño ocasionado a algunas palmeras por evento denominado “Tiendas de mi Valle”, llevado a cabo en el marco del Alumbrado Navideño 2018. Frente a estos temas se realizó el análisis jurídico respectivo y se proyectó desde ese alcance, las respectivas comunicaciones.</i></p> <p><i>Para el período rendido se brindó apoyo en lo relacionado con el análisis jurídico de los conceptos por la prestación del servicio de alumbrado público, que se hallan en controversia con EMCALI, realizando las conclusiones respectivas y asistiendo a la reunión convocada por el Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública del Municipio. Adicionalmente, en las distintas actividades que se presenten, en lo relacionado con la cronología y estructura del concepto jurídico, técnico, financiero y la cronología de las etapas frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiencia probatoria.</i></p> <p><i>Se brindó apoyo en la verificación y análisis jurídico de los documentos contractuales derivados del Convenio Interadministrativo suscrito por el Municipio de Cali y EMCALI, para la prestación del servicio de alumbrado público, relacionado con la estructura del proyecto del Otrosí No. 10, en cuanto al análisis jurídico y ajustes realizados previamente al envío al Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al</i></p>

Departamento Administrativo de Contratación Pública y posteriormente, en el acompañamiento a la mesa de trabajo llevada a cabo el 19 de febrero de 2019 en el Departamento Administrativo de Contratación Pública, para revisar y analizar el proyecto de Otrosí No. 10 al Convenio.

Se llevó a cabo la integración de los aspectos jurídicos con los otros alcances del equipo interdisciplinario de la supervisión de alumbrado público, en lo concerniente al análisis jurídico de la normativa vigente y aplicable a las actividades ejecutadas en virtud del convenio interadministrativo celebrado con EMCALI, para la prestación del servicio de alumbrado público.

(...)

Se brindó apoyo a la supervisión de alumbrado público, relacionada con la solicitud de conceptos jurídicos ante las áreas del municipio competentes para tal fin, frente al desarrollo de actividades derivadas del Convenio Interadministrativo celebrado por el Municipio de Santiago de Cali y EMCALI, proyectando el análisis jurídico de los conceptos actualmente en controversia con EMCALI, relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público.

(...)

En el segundo Informe de supervisión al alumbrado público, de junio 30/2019, el punto 7. Alcance Jurídico realizado por la Supervisión, se consigna en apartes, de las páginas 22 y 25:

“Se brindó apoyo a la supervisión jurídica del convenio interadministrativo para la prestación del servicio de alumbrado público, en lo concerniente a ajustes de oficios en respuesta al Concejo de Cali sobre las proposiciones 011, 047 y 049 y adicionalmente en lo concerniente al fallo en primera instancia proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cali, dentro de la Acción Popular relacionada con el alumbrado público, interpuesta por el concejal Roberto Rodríguez contra el Municipio de Cali y otros, en el acompañamiento a la mesa de trabajo llevada a cabo en la Dirección Administrativa de la Gestión Jurídica Pública el día siete (7) de junio de 2019 y en la elaboración del documento jurídico soporte para el conocimiento de dicho organismo, frente a la posibilidad de interponer el recurso de alzada.

(...)

Se brindo acompañamiento jurídico a los integrantes del equipo interdisciplinario de la supervisión de alumbrado público, en las distintas actividades que se presentaron, continuando con el análisis y la cronología para la estructura del concepto jurídico, técnico, financiero y la cronología de las etapas frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiencia probatoria; y adicionalmente, lo correspondiente al servicio de facturación y recaudo que debe ajustarse en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional S-088 de 2018, que declaro la exequibilidad de los artículos 351 y 352 de la Ley 1818 de 2016.

Se brindo apoyo en la verificación y análisis jurídico de los documentos contractuales derivados del convenio interadministrativo suscrito por el municipio de Cali y EMCALI, para la prestación del servicio de alumbrado público, en lo relacionado con el proyecto del Otrosí No. 11 al convenio y el argumento jurídico, para el no pago a EMCALI de la actividad relacionada con la facturación y recaudo, de cara a la normatividad vigente.

Se brindó apoyo a la supervisión de alumbrado público, relacionada con la solicitud de conceptos jurídicos ante las áreas del municipio competentes para tal fin, relacionados con el desarrollo de actividades derivadas del convenio interadministrativo celebrado por el Municipio de Cali y EMCALI, en lo relacionado con el análisis jurídico de los conceptos actualmente en controversia con EMCALI: uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta.

En el tercer informe de supervisión al alumbrado público, de septiembre 30 de 2019, el punto 4. Alcance Jurídico realizado por la Supervisión, en apartes, se consigna, en la página 23 y 24:

“En lo relacionado con los actos administrativos que ordenaron pago a EMCALI, los cuales fueron objeto de recurso de reposición, subsidiario el de apelación, en el período rendido, se realizó el análisis técnico, jurídico y financiero, encaminado a determinar la viabilidad o no del reconocimiento y posterior pago de los conceptos en

controversia con EMCALI, tales como: Uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta. Desde ese alcance, se participó en las mesas de trabajo convocadas para el respectivo estudio.

Durante el período rendido, el alcance jurídico de la supervisión ha efectuado seguimiento al cumplimiento de las estipulaciones contractuales incluidas las modificaciones realizadas al convenio interadministrativo, conforme a las normas que regulan la materia.

De igual forma, desde el alcance jurídico se examina permanentemente la legalidad de los actos administrativos proferidos como resultado de la prestación del servicio de alumbrado público, efectuando el respectivo análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales. (...).

El acompañamiento jurídico, refiere no solo la observancia al cumplimiento de los principios de la función administrativa en la contratación, es igualmente preventivo, en procura de no generar situaciones de riesgo frente al manejo del recurso público.

En el punto 4.1 COMERCIALIZADORAS, señala:

En lo que respecta al proceso de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público con las comercializadoras, corresponderá a la Oficina Técnica Operativa de Fiscalización y Determinación de Rentas del Municipio de Cali, asumir conforme a su competencia, la obligación de suscripción de los contratos con las comercializadoras, de cara a lo establecido en el Decreto Extraordinario 516 de 2016”.

El cuarto informe de supervisión al alumbrado público, en el punto 5. Alcance Jurídico realizado por la Supervisión, de diciembre de 2019, consigna en apartes, de las páginas 23 y 25:

En el período rendido se brindó apoyo en lo relacionado con los aspectos jurídicos y la reseña histórica del convenio interadministrativo, para la elaboración del Estudio Técnico de Referencia de Determinación de Costos estimados de prestación en cada actividad del servicio de alumbrado público.

De igual forma, se brindó apoyo para la definición de la controversia con EMCALI, frente a las pruebas que en su momento fueron aportadas con relación a: interventoría, uso de instalaciones y mantenimiento de vehículos canasta para la prestación del servicio de alumbrado público. No obstante, al cierre de la vigencia 2019, la situación no presentó cambio alguno, toda vez que EMCALI, no incorporó al acervo probatorio, el complemento de las evidencias. Igual situación se presenta con el tema de imprevistos, que por parte de EMCALI ha sido objeto de reclamación para el pago, habida cuenta que en lo corrido de las vigencias precedentes y en la presente, no fueron aportadas las pruebas al Municipio, que acrediten que efectivamente se incurrió en estos gastos.

Para el cierre de la vigencia 2019, se estructuró el proyecto de Otrosí 11 al convenio, para eliminar el cobro de la actividad de facturación y recaudo.

(...)

En lo relacionado con los actos administrativos que ordenaron pago a EMCALI, los cuales fueron objeto de recurso de reposición, subsidiario el de apelación, en el período rendido, se realizó el análisis técnico, jurídico y financiero, encaminado a determinar la viabilidad o no del reconocimiento y posterior pago de los conceptos en controversia con EMCALI tales como: Uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta. Desde ese alcance, se participó en las mesas de trabajo convocadas para el respectivo estudio.

Durante el período rendido, el alcance jurídico de la supervisión ha efectuado seguimiento al cumplimiento de las estipulaciones contractuales incluidas las modificaciones realizadas al convenio interadministrativo, conforme a las normas que regulan la materia.

De igual forma, desde el alcance jurídico se examina permanentemente la legalidad de los actos administrativos proferidos como resultado de la prestación del servicio de alumbrado público, efectuando el respectivo análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales. (...).

El acompañamiento jurídico, refiere no solo a la observancia al cumplimiento de los principios de la función administrativa en la contratación, es igualmente preventivo, en procura de no generar situaciones de riesgo frente al manejo del recurso público.

ANÁLISIS A LOS INFORMES DE SUPERVISIÓN

En apartes de los informes de supervisión, llama la atención en el primer informe cuando describe el apoyo jurídico brindado a la supervisión del convenio interadministrativo en lo concerniente a:

- (i) *Ajustes de oficios,*
- (ii) *Acompañamiento en mesa de trabajo de febrero 4/19, con el fin de tratar lo relacionado con el material retirado por modernización y obsolescencias,*
- (iii) *Ajustes de oficios en respuesta al Concejo de Cali, a la Personería Municipal y a la Secretaría de Vivienda, sobre competencias de la Unidad,*
- (iv) *Acompañamiento en mesa de trabajo de marzo 6/19, con el fin de tratar lo relacionado con el daño ocasionado a algunas palmeras por evento denominado “Tiendas de mi Valle”,*
- (v) *Frente a estos temas se realizó el análisis jurídico respectivo y se proyectó desde ese alcance, las respectivas comunicaciones.*
- (vi) *Apoyo con el análisis jurídico de los conceptos por la prestación del servicio de alumbrado público, que se hallan en controversia con EMCALI, realizando las conclusiones y asistiendo a reunión en Jurídica del Municipio.*
- (vii) *Apoyo, en distintas actividades, relacionado con la cronología y estructura del concepto jurídico, y la cronología de las etapas frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiencia probatoria.*

(viii) *Apoyo, conceptos jurídicos ante las áreas del municipio, frente al desarrollo de actividades derivadas del convenio interadministrativo EMCALI-Municipio, proyectando el análisis jurídico de los conceptos actualmente en controversia con EMCALI, relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público.*

Si bien en el Informe describe la actividad de apoyo jurídico a la supervisión del convenio, no da claridad sobre la orientación dada. Qué motivo a hacer ajustes a los oficios, cuál es la posición asumida en la mesa de trabajo del 4 de febrero/19, en qué consistió, de qué manera aportó en favor de la UAESPM., para que se protegiera su función de supervisor en los temas que relaciona: material retirado por modernización y obsolescencias; sobre los ajustes a los oficios de respuesta al Concejo, a la Personería y a la Secretaría de Vivienda, por temas de relevancia como son la competencia de la UAESPM., es necesario señalar qué interpretación u orientación le está dando al tema de competencias ante instancias de tal importancia; habla del acompañamiento a mesa de marzo 6/2019, para tratar un daño ocasionado en el marco del Alumbrado Navideño 2018, limitando el conocimiento del resuelve del asunto a indicar que adelantó el análisis jurídico y proyecto desde ese alcance las comunicaciones, quedando sin conocerse cuál fue el resultado del análisis y en que sentido y cuál es el objetivo de las comunicaciones producidas; habla en el informe del apoyo con análisis jurídico de los conceptos por la prestación del servicio de alumbrado público, en controversia con EMCALI, limitándose a señalar que realizó las conclusiones y asistió a reunión con Jurídica del Municipio, pero no se describe en que consisten los asuntos en controversia, que probabilidades de éxito se tiene frente a ellos, cuál es la tesis jurídica que se asume por la UAESPM en la discusión; también señala el informe del apoyo a distintas actividades relacionadas con la cronología y estructura de concepto jurídico, frente a la controversia con EMCALI, por actividades de la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiencia probatoria, quedamos también sin conocer la postura de la UAESPM., frente al caso, cuáles son los avances, las posiciones, las probabilidades, la tesis jurídica de la UAESPM.

En el **segundo informe** cuando describe el apoyo jurídico brindado a la supervisión del convenio interadministrativo en lo concerniente a:

- (i) *Apoyo: (i) ajustes oficios respuesta al Concejo proposiciones 011, 047 y 049; (ii) en el fallo del Juzgado 6° Administrativo de Cali, Acción Popular – alumbrado público; (iii) acompañamiento mesa en Jurídica de la Alcaldía; (iv) elaboración documento jurídico-posibilidad de interponer recurso de alzada.*
- (ii) *Acompañamiento jurídico al equipo de supervisión, en distintas actividades, relacionado con la cronología y estructura del concepto jurídico, y la cronología de las etapas frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencia e insuficiencia probatoria.*
- (iii) *Apoyo a la supervisión por solicitud de conceptos jurídicos ante las áreas del municipio competentes para tal fin, relacionados con el desarrollo de actividades derivadas del convenio interadministrativo celebrado por el Municipio de Cali y EMCALI, en lo relacionado con el análisis jurídico de los conceptos actualmente en controversia con EMCALI: uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta.*

En este segundo informe de supervisión, nuevamente no se describe en que consistió el apoyo ofrecido para atender las proposiciones 011, 047 y 049 del Concejo Municipal, cuál fue el sentido y orientación de tales

respuestas; Sobre el apoyo al fallo del Juzgado Administrativo por la Acción Popular, tampoco se describe en que consistió el apoyo, acaso interpuso algún recurso, participo de alguna actuación en el Juzgado, cuál fue la posición asumida por la UAESPM., frente a la acción popular; sobre el acompañamiento en la mesa en la Oficina Jurídica de la Alcaldía, tampoco conocemos cuales son los aportes, decisiones, posiciones, ni siquiera cual fue el resultado de la mesa; y frente al documento jurídico sobre la posibilidad de interponer un recurso de alzada, tampoco se da a conocer cuál es la posición, la tesis jurídica, las probabilidades de éxito, y el resultado o decisión tomada al respecto.

En el **tercer informe** cuando describe el apoyo jurídico brindado a la supervisión del convenio interadministrativo en lo concerniente a:

seguimiento al cumplimiento de las estipulaciones contractuales incluidas las modificaciones realizadas al convenio interadministrativo, conforme a las normas que regulan la materia.

Desde el alcance jurídico se examina la legalidad de los actos administrativos proferidos como resultado de la prestación del servicio de alumbrado público, efectuando el respectivo análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales.

Acompañamiento jurídico, no solo la observancia al cumplimiento de los principios de la función administrativa en la contratación, es igualmente preventivo, en procura de no generar situaciones de riesgo frente al manejo del recurso público.

Sobre las anteriores afirmaciones, no hace claridad en que ha consistido efectivamente el seguimiento al cumplimiento de las estipulaciones contractuales, cuál es el análisis que le permite dar un visto bueno sobre el particular; habla del seguimiento a las modificaciones realizadas al convenio, pero no indica cuáles son las modificaciones; señala que examina la legalidad de los actos administrativos de la prestación del servicio de alumbrado público, que sobre ellos hace un análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales, pero no se describe en que consiste su examen de legalidad, de que actos administrativos habla, y cuál es finalmente la decisión tomada; cuál es la verificación del cumplimiento del objeto contractual y sus obligaciones; finalmente indica que el acompañamiento jurídico es al cumplimiento de principios de la función administrativa, que es preventivo, pero no describe o detalla actividades llevadas a cabo para ejercer el control.

En el **cuarto informe** cuando describe el apoyo jurídico brindado a la supervisión del convenio interadministrativo en lo concerniente a:

(i) *con los actos administrativos que ordenaron pago a EMCALI, los cuales fueron objeto de recurso de reposición, subsidiario el de apelación, se realizó el análisis jurídico encaminado a determinar la viabilidad o no del reconocimiento y posterior pago de los conceptos en controversia con EMCALI tales como: Uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta. Desde ese alcance, se participó en las mesas de trabajo convocadas para el respectivo estudio.*

(ii) *El alcance jurídico de la supervisión ha efectuado seguimiento al cumplimiento de las estipulaciones contractuales incluidas las modificaciones realizadas al convenio interadministrativo, conforme a las normas que regulan la materia. (este párrafo se repite en el tercer informe).*

(iii) *Desde el alcance jurídico se examina la legalidad de los actos administrativos proferidos como resultado de la prestación del servicio de alumbrado público, efectuando el respectivo análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales. (este párrafo se repite en el tercer informe).*

(iv) *El acompañamiento jurídico, refiere no solo a la observancia al cumplimiento de los principios de la función administrativa en la contratación, es igualmente preventivo, en procura de no generar situaciones de riesgo frente al manejo del recurso público. (este párrafo se repite en el tercer informe).*

En el texto del informe, respecto a los temas de controversia con EMCALI, por el uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículo canasta, sólo indica que participa de mesas de trabajo para el estudio y que se hizo el análisis jurídico encaminado a determinar la viabilidad o no del reconocimiento y posterior pago de los conceptos. Pero no concreta cuál es el análisis jurídico, su resultado, y cuál es la orientación, finalmente da viabilidad o no al pago de los conceptos en controversia; nuevamente repite lo ya expresado en el tercer informe de supervisión respecto al seguimiento de las estipulaciones contractuales incluidas las modificaciones al convenio interadministrativo, pero no nos indica de cuáles modificaciones habla, ni en que consistió el seguimiento; otro punto que se repite del tercer informe, es el examen de legalidad de los actos administrativos

proferidos como resultado de la prestación del servicio de alumbrado público, dice que efectúa análisis jurídico para la toma de decisiones y la verificación del cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales, pero no explica, expone sobre que actos administrativos se proferieron, cuál fue el resultado frente a la toma de decisiones y respecto a la verificación del cumplimiento del convenio, pues no se detalla que acciones o actividades se llevaron a cabo para lograr la verificación.

Dado la relevancia del asunto, amerita pronunciamiento particular, apartes descritos en el primer informe¹ de supervisión al alumbrado público, cuando hace mención del proyecto del Otrosí No. 10 al convenio interadministrativo. Señala que brindó apoyo en la verificación y análisis jurídico, ajustes previos al envío al Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública y al Departamento Administrativo de Contratación Pública, y el acompañamiento a la mesa de febrero 19 de 2019 en el Departamento Administrativo de Contratación Pública. Frente a un tema que involucra posibles modificaciones al convenio, es de imperiosa necesidad describir en que consistió la verificación, el análisis jurídico, cuál es la posición sobre el tema, y cuál es el aporte de la UAESPM en la mesa con Contratación Pública de la Alcaldía y los resultados.

En el **segundo informe**² de supervisión al alumbrado público, habla del apoyo en la verificación y análisis jurídico con el proyecto del Otrosí No. 11, y el argumento jurídico para el no pago a EMCALI de la actividad relacionada con la facturación y recaudo, de cara a la normatividad vigente. Observamos pues, que ya se está hablando del Otrosí No. 11, sin conocerse que sucede con el Otrosí No. 10 y cuáles son los aspectos sustanciales del mismo. Respecto al Otrosí No. 11 nos deja la idea del no pago a EMCALI de la actividad de facturación y recaudo. Se consigna en texto, que los argumentos expuestos en las citadas sentencias de la Corte, tales como la no vulneración de la libertad económica o de empresa, la libertad de configuración normativa del legislador en materia tributaria, la consagración de una carga pública justificada bajo los principios de solidaridad y eficiencia tributaria que consagra la Constitución Política (Artículo 1), la obligación ciudadana de contribuir a los gastos e inversiones del Estado, en el marco de los conceptos de justicia y equidad (Artículo 95,9), no ameritan análisis alguno que desate discusión entre las partes; solo la imperiosa necesidad de ajustar el acuerdo de voluntades al rigor de la normatividad actual y ahora ratificado por la Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cali, conforme se le comunicó a EMCALI EICE ESP. Pero el asunto, no pasa de allí, y no se marca desde la supervisión una actitud proactiva, firme, que aborde la toma de decisiones y el accionar coherente con lo explicado.

En el **cuarto informe**³ de supervisión al alumbrado público, simplemente se señala que para el cierre de la vigencia 2019, se estructuró el proyecto de Otrosí No. 11 al convenio, para eliminar el cobro de la actividad de facturación y recaudo. Sin entrar en mayores explicaciones del cierre del asunto, explicar los pro y contras, los riesgos, cuál es la posición del Director saliente frente al tema.

Capítulo aparte, y pronunciamiento resaltado, amerita, lo consignado en el **primer informe** de supervisión al alumbrado público sobre llevar a cabo la integración de los aspectos jurídicos, análisis jurídico de la normatividad vigente y aplicable a las actividades del convenio, porque siendo el tema de tal importancia, esa integración, ese análisis debe comprender un argumento más concreto, claro, detallado, específico, que el simple enunciado de la actividad, sin conocer el producto, debate, tesis, interpretación y finalmente posición sobre la materia legal, jurídica y contractual.

Otro tema, que se describe en el **segundo informe** de supervisión al alumbrado público, cuando habla del acompañamiento jurídico, en lo correspondiente al servicio de facturación y recaudo, indicando únicamente que debe ajustarse en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional S-088, que declaró la exequibilidad de los artículos 351 y 352 de la Ley 1819 de 2016. En el mismo informe, en texto aparte cuando habla del Otrosí No. 11 al convenio, habla del apoyo en el argumento jurídico para el no pago a EMCALI de la facturación y recaudo. Considera este ente de control fiscal que era necesario que la supervisión diera mayores argumentos, explicaciones y una posición clara, firme, contundente frente al tema.

Otro tema, descrito en el **primer, tercer y cuarto** informe de supervisión al alumbrado público, es el de los temas de controversia con EMCALI, por el uso de instalaciones, interventoría y mantenimiento de vehículos canasta. Dice que se participó en las mesas de trabajo de estudio. Y en el informe de diciembre, señala que la

¹ Marzo 31 de 2019.

² Junio 30 de 2019.

³ Diciembre de 2019.

situación no presentó cambio alguno, pero finalmente no es claro frente a cuál es el cierre de la actividad, cuál es el direccionamiento jurídico para no dejar en el tiempo, vivo el tema, sin definir la posición del Director. En el **tercer informe** de supervisión al alumbrado público, en el punto 4.1. COMERCIALIZADORAS., se limita a señalar que, sobre el proceso de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público con las comercializadoras, corresponderá a la Oficina Técnica Operativa de Fiscalización y Determinación de Rentas del Municipio de Cali, suscribir los contratos. La función de garantizar la prestación del servicio de alumbrado público, con eficiencia, en cumplimiento de términos de cantidad, calidad y oportunidad, implica para la UAESPM, no solo limitar su accionar respecto a EMCALI EICE ESP., sino a los operadores que atienden en el municipio de Cali, área urbana y rural. Es claro que el Municipio no se ha empoderado de la administración y operación del sistema y que se podría estar ante un riesgo de que no todos los usuarios estén pagando el impuesto de Alumbrado de Público, generando por esto un presunto detrimento al Erario Público.

CONCLUSIONES

El contrato que se supervisa, convenio interadministrativo, tan particular y especial, requiere de un seguimiento con conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, dada su complejidad y extensión. En consecuencia, es necesario el registro claro, preciso de las actuaciones de la supervisión que determinan en los diferentes puntos de su actuar la ruta que toma el quehacer de la ejecución contractual, porque son sus instrucciones al contratista y las recomendaciones las que encaminan la correcta o no ejecución del contrato. Por lo tanto, es obligatorio entregar sus órdenes por escrito y los requerimientos o informes que realice deben publicarse.

Es así que se observa la enumeración de actividades y asuntos sobre los que no describe, ni detallada con claridad los hechos o circunstancias, su direccionamiento inequívoco al cumplimiento del objeto contractual ceñido a la ley. Pues omite precisar en qué consistió el desarrollo de la actividad, cuál fue su producto final, el resultado e impacto obtenido, la posición jurídica, la decisión tomada, en que consistió el apoyo jurídico, cuál fue el resultado de la participación en las mesas.

No se observa frente a todo ese actuar que describe la supervisión, la lógica y coherente toma de decisiones por parte del Director de la UAESPM, deja la impresión de que no cuenta con información precisa de los hechos o circunstancias, por lo que en sus Informes de Supervisión no logra una conclusión o posición frente a las actividades descritas, si se trata de actos irregulares, que pongan o puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, si el contratista no se allana al cumplimiento de los requerimientos de la supervisión, no se logra verificar que su participación en el seguimiento impacta la ejecución y el cumplimiento del contrato. Evidenciándose una falta de control de la supervisión en el manejo de los recursos, lo cual genera riesgos frente a una posible destinación diferente a los mismos.

De acuerdo con el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, las entidades están obligadas a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual y debe ejercerse a través de un supervisor o interventor, según corresponda.

La supervisión de un contrato estatal consiste en el seguimiento, entre otros, jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato se adelante.

No se logra con la supervisión:

Apoyar el logro de los objetivos contractuales,

Velar por el cumplimiento del contrato en términos de plazos, calidad, cantidad, adecuada ejecución de los recursos del contrato,

Mantener en contacto a las partes del contrato,

Evitar la generación de controversias y propender por su rápida solución,

Solicitar informes, llevar a cabo reuniones, integrar comités y desarrollar otras herramientas encaminadas a verificar la adecuada ejecución del contrato,

Informar a la entidad de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pongan en riesgo el cumplimiento del contrato; así como entregar los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes. Su relevancia no solo a efectos de cumplir adecuadamente el contrato que lo vincula, sino como compromiso y responsabilidad para contribuir con los fines del Estado.

Al interventor no solo le compete la vigilancia sino también el control del contrato. Debe asumir una actitud proactiva en el ejercicio de su actividad, comprendiendo que su rol se justifica en la medida que esté al tanto de las actividades que ejecuta el contratista, buscando siempre el cumplimiento de lo pactado en tiempo y calidad. En el mismo primer informe, habla del apoyo brindado con el análisis jurídico de los conceptos por la prestación del servicio de alumbrado público, que se hallan en controversia con EMCALI, realizando las conclusiones respectivas y asistiendo a la reunión convocada por el Departamento Administrativo de la Gestión Jurídica Pública del Municipio.

Pero nuevamente, quedamos sin conocer en qué consiste el análisis jurídico de los conceptos en controversia con EMCALI, a que conclusiones llegó, y su asistencia a la reunión de Jurídica de la Alcaldía, que luces, posiciones, aportes da al proceso de supervisión.

También hace mención de “distintas actividades” que relaciona con la estructura de concepto jurídico, frente a la controversia que se ha presentado con EMCALI, por las actividades inherentes a la prestación del servicio de alumbrado público, que no han sido reconocidas por el Municipio, por deficiencias e insuficiencia probatoria.

Pero nuevamente nos quedamos sin conocer, cuáles son las “distintas actividades”, en que consiste el concepto jurídico, cuál es la posición, las probabilidades de éxito, cuál es la sugerencia que se le da al director de la UAESPM, sobre el caso.

Otro asunto, no menos importante, es la mención que se hace a la estructuración del proyecto del Otrosí No. 10 al convenio interadministrativo.

Nuevamente, el informe si bien enuncia la actividad, no precisa el por qué de suscribir un otrosí al convenio. Cuáles son los ajustes que se incluyen al documento, que implicaciones conlleva, cuál es su importancia y necesidad.

Desde el ámbito funcional a la UAESPM., le reviste competencias, atribuciones y facultades que se integran a su labor de supervisión de la prestación del servicio de alumbrado público, su desempeño en las actividades propias que debe desarrollar, implica controlar y mejorar la prestación del servicio, involucrando a todos los operadores que interactúan en el municipio, al parecer no cuenta con la base de datos de los operadores del servicio que actúan en el municipio de Cali, y que de no tomarse prontas y efectivas medidas que busquen solucionar la situación descrita, genera un alto riesgo en desmedro de la gestión y función encomendada.

Tampoco es de buen recibo para este ente de control fiscal, la situación de orfandad en que se encuentra la tutela y custodia de la prestación del servicio de alumbrado público. Desde lo funcional la UAESPM, su propósito de garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público, le compete al menos advertir de las deficiencias de comunicación y operación al interior de las diferentes instancias municipales que participan para lograr el fin último que es la prestación del servicio de alumbrado público.

La Alcaldía de Santiago de Cali en el 2016, a través de la Dirección Jurídica⁴ sobre el tema de la obligatoriedad de facturar el impuesto de alumbrado público por parte de las comercializadoras de energía que operan en el Municipio de Santiago de Cali, indica que la competencia la tiene el Departamento Administrativo de Hacienda Municipal para expedir todo tipo de actos en la etapa de planeación, precontractual, contractual y post contractual. El Departamento Administrativo de Contratación Pública⁵ señala que le corresponde al Departamento Administrativo de Hacienda la administración del impuesto de alumbrado público, estructurar los contratos de recaudo con las empresas comercializadoras de energía, quienes en últimas realizan el recaudo del impuesto de alumbrado público. A través del Departamento Administrativo de Gestión Jurídica Pública⁶, en el 2020, sobre el organismo competente para la celebración de los contratos correspondientes al recaudo del impuesto de alumbrado público con las empresas comercializadoras de energía, recoge lo ya expuesto por el D.A. Contratación Pública y coincide que le compete al D.A. de Hacienda estructurar los contratos de recaudo del impuesto de alumbrado público. Así las cosas, el organismo competente para celebrar los contratos correspondientes al recaudo del impuesto de alumbrado público con las empresas comercializadoras de energía es el D.A. de Hacienda, y que en los demás aspectos contractuales le corresponde al D.A. de Contratación dar los lineamientos en la materia contractual.

⁴ Oficio 2016412100027574 de 14-12-2016 de la Dirección Jurídica de la Alcaldía de Cali.

⁵ Radicación No.201941350200012254 de 01-10-2019 del Dpto. Admto. Contratación Pública.

⁶ Radicado No.202041210100015724 de 12-06-2020 TRD 4121.010.5.1.188.001572 del Dpto. Admto. Gestión Jurídica Pública de la Alcaldía de Santiago de Cali.

El Decreto Extraordinario No. 411.0.20.0516 de septiembre 28 de 2016 creó la Unidad Administrativa de Servicios Públicos Municipales – UAESPM. En el artículo 221. Propósito, señala que tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público.

Le asigna el Decreto Extraordinario 516 de 2016 la competencia para diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público; dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos propios del alumbrado público; realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios propios del alumbrado público; administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo. Las funciones de la UAESPM., versan sobre la prestación del servicio de alumbrado público, su propósito de garantizarlo, coordinarlo, supervisar y controlar el servicio de alumbrado público, artículos 221 y 222 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0516 de 2016. Sin perjuicio del pronunciamiento que el supervisor de la UAESPM debe realizar dentro del lapso de los 45 días siguientes al recaudo del impuesto de alumbrado público conforme lo establecido en el artículo 22 del acuerdo 434 de 2017 que modificó el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015.

Desde su función a la UAESPM le corresponde garantizar la prestación del servicio de alumbrado público, su continuidad y calidad, los niveles adecuados de cobertura, la modernización, expansión y reposición con optimización de costos y gastos, la incorporación de desarrollos tecnológicos.

Que a la UAESPM., le corresponde por mandato expreso, pronunciarse como supervisor y/o interventor dentro de los 45 días que el agente retenedor del impuesto de alumbrado público tiene para transferir los recursos, independiente de la fiscalización a cargo del Departamento Administrativo de Hacienda. Una relación inescindible, como lo denomina el D.A. Gestión Jurídica Pública, por cuanto la prestación del servicio de alumbrado público, se financia con los recursos provenientes del impuesto de alumbrado público, conforme a destinación otorgada por la Ley 1819 de 2016.

De lo analizado también se concluye que lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016⁷ y el artículo 22 del Acuerdo 434 de 2017, establecen que el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste.

El alumbrado público es un servicio público no domiciliario que tiene como finalidad la de proporcionar de manera exclusiva la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural del municipio o distrito, así como permitir transitar con seguridad, evitar accidentes y proporcionar una mejor estética a los lugares públicos que lo reciben.

La normatividad constitucional, legal, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han establecido que la prestación del servicio público de alumbrado está en cabeza de los municipios y distritos, y que para su financiación se pueden llegar a cobrar a través de la factura del servicio de alumbrado público o una sobretasa al impuesto predial para así mantener y garantizar el funcionamiento del mismo. Sin embargo, se ha señalado que el cobro de este tributo tiene la forma de impuesto y no de contribución especial ni de una tasa, pues, tiene como finalidad el interés general y no uno particular o privado; en efecto, beneficia a toda la comunidad al procurar la protección de su seguridad, vida y bienes.

En cuanto al impuesto derivado del servicio público no domiciliario de alumbrado público, se estableció jurisprudencialmente que la destinación de los recursos de este impuesto para sufragar los gastos derivados de la prestación de este servicio no va en contra de la prohibición contenida en el artículo 359 de la C. Política, siempre y cuando el legislador no establezca la tarifa, ni conceda exenciones directamente.

Principio de legalidad tributaria: Según los artículos 150 numeral 12, 154 y 338 de la Constitución Política, es al legislador al que le corresponde crear, modificar y eliminar impuestos, tasas y contribuciones nacionales, y puede regular lo referente a su tiempo y vigencia; sus sujetos activos y pasivos; los hechos y las bases gravables; las tarifas y las formas de cobro y recaudo del impuesto⁸.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución, el legislador, las asambleas y los concejos municipales pueden optar por la creación de impuestos, tasas o contribuciones, en ejercicio del margen de configuración que le confiere la Constitución, de acuerdo con las necesidades y finalidades identificadas para la creación del mismo.

Lo que se pretende a través de la aprobación por parte de las corporaciones de representación popular, es que el tributo se cobre una vez sea aprobado por el pueblo bajo el principio de “no *taxatio without representation*” o

⁷ Ley 1819 de 2016 por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal.

⁸ Sentencias C-335 de 1994, C-717 y C-155 de 2016.

el de “*nullum tributum sine lege*” que lo que busca es que se den “*abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión democrática, sus elementos esenciales para ser válido*”.

Como se explicó en la Sentencia C-155 de 2016 existe una reiterada jurisprudencia que ha analizado el principio de legalidad del tributo, que consiste en que las entidades territoriales no pueden crear, modificar o eliminar impuestos, pues, esto es una atribución del Estado. Sin embargo, para armonizar los principios del Estado unitario con las descentralización y autonomía de las entidades territoriales, que se establece en el artículo 1° de la Constitución, se ha indicado que en materia impositiva las entidades territoriales no cuentan con autonomía tributaria, es decir con la posibilidad de crear, modificar o eliminar impuestos, ya que esta es una facultad propia del Congreso de la República que no puede ser delegada.

En la Sentencia C-004 de 1993 se dispuso que si bien la Ley 89 de 1989, se reconoce el “carácter originario del poder tributario de las entidades territoriales”, es deber los órganos de representación colegiada de “ceñirse a lo establecido en la ley”, a partir de la interpretación sistemática de los artículos 1°, 150.12, 287.3, 300.4, 313.4 y 338 de la Constitución. En dicha oportunidad se indicó que:

“(…) La Carta de 1991, si bien introduce el concepto de autonomía de las entidades territoriales, consagra los principios rectores del régimen tributario del Estado unitario. Lo anterior no obsta para que se hayan creado importantes mecanismos que fortalecen la autonomía fiscal de las entidades territoriales. Con todo, dicha autonomía se encuentra sujeta a los mandatos de la Constitución y la ley.

La Carta del 91 consagra claramente el principio de legalidad de los impuestos, al señalar que es función de la ley “establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales...” (art. 150-12). Así mismo autoriza a las asambleas departamentales y concejos municipales para decretar o votar las contribuciones o tributos fiscales locales, conforme a la ley (arts. 300-4, 313-4 y 338).”

Para efectos de establecer un impuesto municipal se requiere de una ley previa que autorice su creación, la que como es obvio debe adecuarse a la preceptiva constitucional y que una vez creado el impuesto, “los municipios adquieren el derecho a administrarlo, manejarlo y utilizarlo en las obras y programas que consideren necesarias y convenientes para el municipio y la comunidad en genera de acuerdo con una política preconcebida, sin que pueda el Congreso injerir en su administración, ni recortarlo, no conceder exenciones, ni tratamientos preferenciales, ni extenderlo, ni trasladarlo a la Nación, en esta última hipótesis salvo el caso de guerra exterior. El principio de legalidad del tributo se refiere a que de acuerdo con el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución, le corresponde al Congreso crear, modificar o eliminar los tributos y que a las entidades territoriales no pueden ejercer esta atribución. No obstante lo anterior cuando se trata de distritos y municipios, se ha dispuesto que estos tienen la posibilidad de regular aspectos relacionados con sus tributos, pero que dicha potestad no puede limitar la competencia que tiene el legislador a quien le corresponde determinar los elementos esenciales del tributo.

Principio de autonomía de las entidades territoriales: Se fundamenta en los artículos 1°, 287 y 288 de la Constitución, se basa en la idea de que al estar Colombia organizada en forma de República unitaria y descentralizada con autonomía de sus entidades territoriales se le otorga a estas la potestad de decidir sobre sus intereses propios.

Esta autonomía tiene un “contenido básico material” que se ha denominado garantía constitucional de la autonomía territorial y que se corresponde a los derechos reconocidos en el artículo 287 de la C. Política el cual establece que, “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrá los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias; 2. Ejercer las competencias que les correspondan y 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y 4. Participar en las rentas nacionales.

La diversidad de competencias de las entidades territoriales ha dado lugar a que se indique que existe tres tipos de autonomía: una política con la capacidad que tienen las entidades territoriales de elegir a sus propios gobernantes; la administrativa para dirigir sus propias políticas públicas y prioridades en sus atribuciones y competencias propias o compartidas, y una financiera que se refiere a la capacidad de manejar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como la capacidad de las entidades territoriales de participar en las rentas nacionales siguiente los presupuestos establecidos en el artículo 287 de la Constitución.

En materia de autonomía financiera se estableció desde la Sentencia C-517 de 1992 que los impuestos nacionales deben ser creados por la ley, los departamentales por ordenanzas y los municipales por medio de

acuerdos, y que en todo caso “... los departamentos y municipios se encuentran sujetos al marco legal en la creación de sus tributos propios en virtud del principio de unidad nacional”. Así mismo se indicó que en desarrollo de esta atribución constitucional los concejos municipales deben adoptar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales (art. 313.4 de la C. Pol), dictar las normas orgánicas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos (art. 313.5 de la C. Pol.).

En la regulación del alumbrado público, se parte de lo establecido en el artículo 365 de la Constitución que indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, debiendo garantizar su prestación eficiente. El artículo 334 de la norma Suprema, que indica que le corresponde al Estado intervenir en los servicios públicos para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. El artículo 311 que dispone que al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley.

La regulación establecida por la CREG, a través de resoluciones, que se ha venido respaldando en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 la cual señala que dicha entidad posee competencias relacionadas con el cobro del servicio de energía eléctrica.

El Decreto 2424 de 2006 que regula específicamente la prestación del servicio de alumbrado público. Define que el 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. Se indica que 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. Dispone que el 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. Dispone que los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, y que éste podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio público. Establece que los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación. Que los municipios que hayan establecido el impuesto de alumbrado público podrán cobrarlo en las facturas de servicios públicos, únicamente cuando este equivalga al valor del costo en que incurre por la prestación del mismo. Y que la remuneración de los prestadores del servicio de alumbrado público deberá estar basada en costos eficientes y podrá pagarse con cargo al impuesto sobre el servicio de alumbrado público que fijen los municipios o distritos. Regula lo concerniente al control, inspección y vigilancia del servicio de alumbrado público, estableciendo que el control fiscal es por parte de la Contraloría General de la República; el control de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; el control técnico por intermedio de las interventorías de contratos de prestación de servicios de alumbrado público y el control social que estará en cabeza de los contribuyentes y usuarios del servicio de alumbrado público.

La ley 1150 de 2007, artículo 29, dispone que los municipios o distritos pueden entregar a terceros en concesión, la prestación del servicio de alumbrado público, sujetándose para esto a las disposiciones previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Sentencia C-155 de 2016, en la cual los cargos se referían a la violación del principio de autonomía local (arts. 1 y 287 de la C. Pol.) al establecer que dichos recursos tendrán una destinación específica dirigida a financiar el mismo servicio público de alumbrado público, y la violación del derecho fundamental a la igualdad (art. 13 de la C. Pol.) por la exclusión de la semaforización de las actividades relacionadas con el alumbrado público. La Corte decidió declarar exequible la norma por el cargo de la violación del principio de autonomía local e inhibirse en el caso de la posible violación del principio de igualdad por la exclusión de la semaforización. Se indicó que la destinación específica de la tarifa del alumbrado público para cubrir los gastos del mismo servicio, era constitucional y no vulneraba el principio de la autonomía territorial, porque en este caso se trata de una contribución especial, que según el artículo 338 de la C. Pol. tiene como finalidad “la recuperación de los costos de los servicios que les presten o participen en los beneficios que les proporcionen” que brinda una plataforma tributaria adecuada para la financiación de un servicio público esencial.

El alumbrado público es un impuesto inherente al servicio de energía eléctrica con la destinación exclusiva de la prestación, mejora, modernización y ampliación de la prestación del servicio de alumbrado público incluyendo

el suministro, la administración, la operación, el mantenimiento, la expansión y el desarrollo tecnológico asociado, así como para complementar la destinación a la actividad de iluminación ornamental y navideña de los espacios públicos.

En cuanto al límite del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, se indica que en la determinación del valor del impuesto a recaudar los municipios y distritos deberá considerar como criterio de referencia el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente de servicio.

La ley 1819 de 2016, vino a resolver problemáticas de desorden de tarifas, buscando asegurar una aplicación uniforme del impuesto en todo el país, erradicar arbitrariedades con los impuestos de alumbrados públicos, definiendo los elementos del tributo, permitiendo a los municipios la destinación de los recursos tributarios a la prestación efectiva del servicio.

Pese a que la disposición de nivel nacional Ley 1819 de diciembre 29 de 2016, acogida en el nivel local por el Acuerdo 0434 de diciembre 21 de 2017, definió de manera expresa que el servicio de recaudo y facturación no tendrá contraprestación. Confirmada por la Sentencia de la Corte Constitucional C-130 de 2018, observa este ente de control fiscal una falta en la vigilancia y control de la autoridad municipal que adelanta tanto la supervisión, al aprobar cobros a la prestación del servicio de alumbrado público por el concepto de recaudo y facturación no autorizados por la ley. Como a la autoridad tributaria, que administra el tributo.

Observaciones

Daño Patrimonial al Estado

El Artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial al Estado, como la lesión del patrimonio Público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado... 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.

Concepto de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República No. 2009 IE8857 de abril 5 de 2008, establece: “que en acatamiento a lo señalado por el Concejo de Estado el daño fiscal entre entidades públicas deja de ser una transferencia de recursos entre las mismas, cuando se constituye un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones del gestor fiscal, pues precisamente la cancelación de una multa o de intereses de mora implica bien la negligencia administrativa o cualquier otra circunstancia distinta de aquellas propias eximentes de responsabilidad”.

Le corresponde a los supervisores en representación de la entidad velar por el cumplimiento estricto de las obligaciones financieras, económicas, técnicas y legales derivadas del contrato a cargo del contratista, para lo cual deberá tener en cuenta, en lo pertinente, lo establecido en el manual de contratación de la entidad. Lo anterior en razón, igualmente a que la actividad de supervisión es parte primordial del control y vigilancia de la actividad del contratista con el fin de lograr el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato, y un mecanismo para proteger los intereses de la entidad, verificar el estado financiero y contable del contrato, supervisar y ejecutar las actividades administrativas necesarias para el manejo y ejecución del mismo y determinar el cumplimiento de las especificaciones técnicas emanadas del objeto contratado.

Con la expedición de la Ley 1474 de 2011 en su artículo 83 se define la función de supervisión. Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice la persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal,

podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la entidad a través del supervisor.

La función de supervisión del contrato es una actividad administrativa propia de la entidad, que se deriva de los deberes de la entidad respecto del contratista y contemplados en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993. Con la contratación administrativa buscan las entidades el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, que colaboran con ellas en el cumplimiento de esos fines (artículo 3 de la Ley 80 de 1993), y que para obtener el buen servicio debe haber continuidad en su prestación, razón por la cual la citada Ley 80 en el artículo 14, dota a las entidades estatales de medios para lograr el eficaz cumplimiento del objeto contractual, encaminado a obtener la satisfacción del interés público colectivo que le ha sido encomendado.

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

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

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

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

La supervisión se ejerce básicamente mediante el control sobre las especificaciones y condiciones en que se dirige la ejecución del contrato y que inciden en la oportuna y adecuada obtención de resultados satisfactorios. El empeño de la entidad no se limita al cumplimiento del objeto y a su calidad. La ejecución contractual debe ajustarse en todo a las exigencias que el entorno le requiera, a los riesgos connaturales al ejercicio de las actividades en consideración del contexto espacial en el que la misma se desenvuelva, no sólo por proteger sus propios intereses sino por mantener el desarrollo del contrato en condiciones normales de ejecución que aseguren su realización.

La vigilancia administrativa, financiera, contable, técnica, jurídica del convenio interadministrativo, obliga a velar por la salvaguarda de los recursos involucrados en el negocio jurídico estatal, pudiendo con tal propósito ejercer un control sobre las condiciones económicas y financieras del convenio objeto de control, la presencia de recursos públicos, le da un sentido a la labor de vigilancia no solo a revisar que se ajuste a los términos del contrato, sino a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, protegiendo los recursos.

El artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, señala responsabilidad fiscal y disciplinaria, tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales ejerza las funciones de interventoría.

El artículo 2 de la Ley 1882 de 2018 por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones, señala, Artículo 2. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

“Los consultores externos y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y

ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría. (...).

El Artículo 48, numeral 34, Ley 734 de 2000, modificado por el artículo 84, parágrafo 1°, Ley 1474 de 2011, dice: PARÁGRAFO 1. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

El óptimo y adecuado desempeño de las funciones asignadas a la interventoría y supervisión es de suma importancia, pues de su actuación dependerá que la administración adopte oportuna y adecuadamente las medidas necesarias para mantener, durante la ejecución del convenio estatal, las condiciones financieras, contables, jurídicas, administrativas y técnicas que fueron previstas en él, previniéndose de esa manera, la afectación de los intereses del Estado y un posible detrimento en el patrimonio público, o la responsabilidad que le puede asistir a la entidad por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas, en armonía con los artículos 90 superior y 50 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la penal, civil, disciplinaria y fiscal que se endilgue al servidor público o contratista interventor que haya dado lugar a ello.

Este ente de control encuentra actuaciones que conllevan a una inadecuada supervisión del contrato y que afectan los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), desarrollados por la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el interés general, el patrimonio público, los derechos de la comunidad por una mala gestión de los intervinientes de la administración municipal en la prestación del servicio de alumbrado público.

El Artículo 267 de la Constitución Política establece que los gestores fiscales, es decir, los intervinientes en la actividad contractual, deben observar los principios de economía y efectividad, entre otros.

La contratación estatal debe garantizar la transparencia, eficiencia, moralidad, economía y en general la integridad. La supervisión debe evitar el pago de servicios no autorizados por la Ley, debe garantizar la eficiente y correcta ejecución del contrato y la satisfacción de la necesidad de la población beneficiaria del servicio.

El administrador del impuesto de alumbrado público y la supervisión del contrato de prestación del servicio de alumbrado público faltan a su deber de actuar de manera preventiva, al determinar en su verificación, estudio de conveniencia y oportunidad la necesidad de modificar el contrato, ajustándolo a las disposiciones de Ley, para adoptar medidas correctivas necesarias, evitando incurrir en posibles faltas disciplinarias, de responsabilidad fiscal o la comisión de un delito.

OBSERVACIÓN ADMINISTRATIVA No. 01 CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA Y FISCAL

En la evaluación del convenio interadministrativo, se evidencio que el funcionario encargado de la supervisión del convenio no actuó con diligencia al infringir la Constitución y la Ley, al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y aprobar las cuentas de cobro facturadas por el contratista por el concepto de recaudo y facturación del servicio de prestación del servicio de alumbrado público.

La Constitución Política, sus artículos 2 y 209, señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 3° principios, señala que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

La actividad contractual del Estado debe desarrollarse en virtud de los principios de transparencia (artículo 24 ley 80/93), economía (artículo 25 Ley 80 de 1993) y responsabilidad (artículo 26 ley 80/93) previstos en la ley 80 de 1993.

Ley 1819 de diciembre 29 de 2016 por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Su Artículo 350. Destinación. Señala que el impuesto de alumbrado público como actividad inherente al servicio de energía eléctrica se destina exclusivamente a la prestación, mejora, modernización y ampliación de la prestación del servicio de alumbrado público, incluyendo suministro, administración, operación, mantenimiento, expansión y desarrollo tecnológico asociado. Parágrafo. Las entidades territoriales en virtud de su autonomía, podrán complementar la destinación del impuesto a la actividad de iluminación ornamental y navideña en los espacios públicos. Y su Artículo 352. Recaudo y Facturación, que en su parte final señala, que, el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste. Y su Artículo 353. Transición. Los acuerdos que se adecuen a lo previsto en la presente ley mantendrán su vigencia, salvo aquellos que deben ser modificados, lo que deberá surtirse en un término máximo de un año.

Acuerdo Municipal de Santiago de Cali No. 0434 de diciembre 21 de 2017 por el cual se modifica parcialmente el Estatuto Tributario Municipal, su Artículo 22, que modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el Artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, que trata del recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público, y que en su último párrafo señala que el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrán ninguna contraprestación a quien lo preste.

Debió requerir con prontitud para que en el menor tiempo posible se atendiera la disposición normativa, las actividades desplegadas fueron mínimas, presentando informes, participando de reuniones, pero no se logra deducir un control estricto y verificable de su actuación para cumplir con la función de supervisión de sujeción del desarrollo contractual a las normas tributarias.

Lo anterior, ocasiona un presunto detrimento patrimonial para la vigencia fiscal del 2019.

La Ley 610 de 2000⁹ por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, su Artículo 3° de la Gestión Fiscal, señala que para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. El Artículo 5¹⁰, señala los 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. Artículo 6°¹¹. 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

⁹ El Decreto 403 de marzo 16 de 2020 dicta normas para la implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 (por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal) y el fortalecimiento del control fiscal.

¹⁰ Artículo 5 de la Ley 610 de 2000 modificado por el Artículo 125 del Decreto 403 de 2020.

¹¹ Artículo 6 de la Ley 610 de 2000 modificado por el Art. 126 del Decreto 403 de 2020.

directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. **El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007. Artículo 9. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.** Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo ni impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad público. **NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2013.**

El daño patrimonial se constituye así en la medula de la incidencia fiscal, el Dr. Juan Carlos Henao, ex magistrado de la Corte Constitucional, en su obra: “EL DAÑO – Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”, (Ed. Universidad Externado de Colombia, páginas 35 y 36) sostiene que,

“Con independencia de la forma como se conciben en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar, con el doctor Hinestroza, que “el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y el juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada”.

En el caso que nos ocupa, el daño determinado, tiene una existencia cierta, cuantificada y probada, pues se trata de una cifra cierta, y que nace en la factura presentada por EMCALI cuando detalla el valor por recaudo y facturación de la prestación del servicio de alumbrado público, que es autorizada por la supervisión adelantada por la UAESPM, y que finalmente se paga por Hacienda Municipal.

La conducta de los servidores públicos, acciones en el ejercicio de la gestión fiscal que le ha sido asignada, de las actuaciones administrativas que implican la supervisión de la UAESPM, cuando con su conducta activa autoriza el pago del concepto de recaudo y facturación, y de Hacienda Municipal que, en su rol de administrador y fiscalizador del tributo de alumbrado público, adelanta lo pertinente para su reconocimiento y pago. De esta manera construyendo el nexo causal entre el daño y la conducta.

Respecto a las conductas reprochables por este ente de control fiscal, no se observó la existencia de una causal de justificación que le permitiera pese advertir la imperiosa necesidad de acatar la Ley y el Acuerdo Municipal apartarse de su aplicación.

El recaudador en el municipio de Santiago de Cali del impuesto de alumbrado público es EMCALI EICE ESP, el supervisor de la prestación del servicio de alumbrado público es la UAESPM., y el administrador y fiscalizador del tributo de alumbrado público es Hacienda Municipal. La Ley 1819 de 2016 de manera expresa dispone que el recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste. El Acuerdo 0434 de 2017 del Concejo de Cali sobre el recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público, señala que el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrán ninguna contraprestación a quien lo preste.

En la vigencia auditada, 2019, los insumos aportados como elementos probatorios que sustentan la observación, se tiene que EMCALI es la entidad prestadora del servicio público de alumbrado público, y la encargada de su recaudo a través de la factura de prestación de servicios públicos domiciliarios, y que en sus facturas de cobro

incluyó el concepto de costos de facturación y recaudo por valor de xxxxxx, suma que fue avalada y autorizada por la UAESPM desde su actividad administrativa de supervisión, y que finalmente se reconoce su pago, por el administrador y fiscalizador del tributo de alumbrado público Hacienda Municipal.

El hecho irregular detectado nos ubica ante una responsabilidad disciplinaria, por las conductas que constituyen una falta, y por la antijuridicidad, que implica la violación al deber funcional sin justificación alguna, siendo el sustento el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público, consagradas en la Constitución Política, la Ley, los Acuerdos, en aras de asegurar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia en la función pública.

Existe una relación causal entre las actuaciones de los servidores públicos y el incumplimiento del deber constitucional, legal, reglamentario en el ejercicio de sus funciones.

La norma disciplinaria aplicable es la Ley 734 de 2002¹², Código Disciplinario Único, modificado por la Ley 1474 de 2011. El Artículo 5°, Ilícitud sustancial. Señala que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. El Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. Artículo 25°. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. Artículo 27°. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. Artículo 34°. Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función. 3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público. (...). Artículo 35°. Prohibiciones. A todo servidor público le esta prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. (...).

OBSERVACIÓN ADMINISTRATIVA No. 02 CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA

En la evaluación de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, se evidenciaron en la vigencia 2019 auditada, faltas en el aspecto administrativo, desde el marco funcional, por parte del Director de la UAESPM., por cuanto no se evidencian actuaciones encaminadas a la identificación del universo de los usuarios del servicio público de energía dentro del territorio del municipio; como tampoco de las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica en la jurisdicción del municipio, afectando la base del control a la prestación del servicio, el recaudo del impuesto, ya que no se exige el cumplimiento del acuerdo municipal 0434 de 2017 y la Ley 1819 de 2016.

El Artículo 20 del Acuerdo 0434 de 2017, el Artículo 20, modifico el artículo 170 del Acuerdo 321 de 2011, modificado por el Acuerdo 357 de 2013, compilado en el artículo 175 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, relaciona los elementos del impuesto de alumbrado público, de conformidad con el Artículo 349 de la

¹² Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019.

Ley 1819 de 2016, indicando, entre otros, que el Sujeto Pasivo, son los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, beneficiarios del servicio público de alumbrado público, domiciliados en el municipio de Santiago de Cali, pertenecientes a los sectores residencial, comercial, oficial, industrial y otros usuarios del servicio según la clasificación prevista en el numeral 5 de este artículo.

El Artículo 22 del Acuerdo 0434 de 2017, modifica el artículo 171 del Acuerdo 321 de 2011, compilado en el artículo 176 del Decreto Extraordinario 411.0.20.0259 de 2015, trata del Recaudo y Facturación, señalando que el recaudo del impuesto de alumbrado público podrá efectuarse directamente por el organismo competente dentro de la administración municipal o a través de empresas comercializadoras de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto dentro de la factura de energía. (...).

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 222, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

Lo anterior por falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y liderar acciones que le permitan resolver y atender la disposición del Acuerdo Municipal 0434 de 2017. Generando riesgos en la prestación del servicio de alumbrado público, al recaudo y facturación del tributo en el municipio.

El hecho irregular detectado nos ubica ante una responsabilidad disciplinaria, por las conductas que constituyen una falta, y por la antijuridicidad, que implica la violación al deber funcional sin justificación alguna, siendo el sustento el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público, consagradas en la Constitución Política, la Ley, los Acuerdos, en aras de asegurar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia en la función pública.

Existe una relación causal entre las actuaciones de los servidores públicos y el incumplimiento del deber constitucional, legal, reglamentario en el ejercicio de sus funciones.

La norma disciplinaria aplicable es la Ley 734 de 2002¹³, Código Disciplinario Único, modificado por la Ley 1474 de 2011. El Artículo 5°, Ilicitud sustancial. Señala que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. El Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. Artículo 25°. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. Artículo 27°. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. Artículo 34°. Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o

¹³ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019.

función. 3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público. (...). Artículo 35°. Prohibiciones. A todo servidor público le esta prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o exralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. (...).

OBSERVACIÓN ADMINISTRATIVA No. 03

En la evaluación de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, se evidenciaron en la vigencia 2019 auditada, debilidades en sus actuaciones administrativas de supervisión por parte del Director de la UAESPM., por cuanto sus informes describen la realización de actividades de apoyo jurídico y acompañamiento, omitiendo precisar en qué consistió, cuál fue el desarrollo de la actividad, cuál fue la orientación dada, de que manera aportó, impacto en favor de los resultados y las decisiones tomadas por la supervisión, su direccionamiento inequívoco al cumplimiento del objeto contractual ceñido a la ley. No hay una descripción de la toma de decisiones por parte del Supervisor frente a las actividades descritas.

El Artículo 26 de la Ley 80 de 1993, principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, las entidades están obligadas al cumplimiento de los fines de la contratación, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual.

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 222, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes: 1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

Lo que evidencio falta de mecanismos de control efectivos para el correcto desempeño de la supervisión ocasionando incertidumbre en la información.

OBSERVACIÓN ADMINISTRATIVA No. 04 CON PRESUNTA INCIDENCIA DISCIPLINARIA

En la evaluación de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, en la vigencia auditada 2019, se evidencian debilidades por parte del director de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESPM en las actividades y funciones jurídicas, legales de vigilancia y control de la supervisión, en sus cuatro (04) Informes de Supervisión de Alumbrado Público, presentados trimestralmente en las fechas de: marzo 31, junio 30, septiembre 30 y diciembre de la vigencia 2019. Por cuanto en el primer informe describe como actividad su apoyó en la verificación y análisis jurídico con la estructuración del proyecto del Otrosí No. 10, previo al envío a los Departamentos Administrativos de la Gestión Jurídica Pública y al de Contratación Pública y el acompañamiento de mesa de trabajo en febrero de 2019 en el D.A. de Contratación Pública para revisar y analizar el proyecto de Otrosí No. 10 al Convenio, sin explicar en qué consistió el soporte técnico y administrativo brindado por los D.A. Contratación y D.A. Jurídica. En el segundo informe señala su apoyo en lo relacionado con el proyecto del Otrosí No. 11 al convenio, y el argumento jurídico, para el no pago a EMCALI de la actividad relacionada con la facturación y recaudo, de cara a la normatividad vigente. Y en su cuarto y último informe señala que se estructuró el proyecto de Otrosí No. 11 al convenio para eliminar el cobro de la actividad de facturación y recaudo. Sin sustentar los informes del contenido de los análisis, argumentos, tesis jurídica, posición del Director precisando la temática que se aborda y que es de tal importancia que amerita la modificación del convenio a través de la firma de otrosíes. Únicamente nos deja conocer uno de los temas que tiene que ver con la actividad de facturación y recaudo que no se debe pagar a EMCALI. No se evidencia una

toma de decisiones desde el ejercicio de la supervisión a la prestación del servicio de alumbrado público, y desde el marco funcional en coherencia a las actividades desarrolladas que lleven a resolver legal y jurídicamente las situaciones que se pretendían desatar a través de la firma del Otrosí No. 10 y 11.

El Decreto Extraordinario Municipal 411.0.20.0516 de 2016, en el Artículo 222, señala que el propósito del despacho del director de la UAESPM, tiene por objeto garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control del servicio de alumbrado público. En el Artículo 222. Funciones, le señala a la UAESPM, las siguientes:

1. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral del alumbrado público. 2. Dirigir y coordinar la prestación del servicio de alumbrado público. 3. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios de alumbrado público. (...). 5. Realizar el seguimiento a los prestadores y operadores de los servicios públicos. 6. Realizar los estudios técnicos que permitan la prestación de los servicios públicos con calidad, cobertura y continuidad. (...) 14. Administrar la prestación del servicio de alumbrado público y supervisar los prestadores del mismo.

Lo anterior por falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa y liderar acciones que le permitan resolver y atender la disposición del Acuerdo Municipal 0434 de 2017. Generando riesgos en la prestación del servicio de alumbrado público, al recaudo y facturación del tributo en el municipio.

El hecho irregular detectado nos ubica ante una responsabilidad disciplinaria, por las conductas que constituyen una falta, y por la antijuridicidad, que implica la violación al deber funcional sin justificación alguna, siendo el sustento el incumplimiento de los deberes funcionales del servicio público, consagradas en la Constitución Política, la Ley, los Acuerdos, en aras de asegurar la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia en la función pública.

Existe una relación causal entre las actuaciones de los servidores públicos y el incumplimiento del deber constitucional, legal, reglamentario en el ejercicio de sus funciones.

La norma disciplinaria aplicable es la Ley 734 de 2002¹⁴, Código Disciplinario Único, modificado por la Ley 1474 de 2011. El Artículo 5°, Ilícitud sustancial. Señala que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna. El Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. Artículo 25°. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. Artículo 27°. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. Artículo 34°. Deberes. Son deberes de todo servidor público: 1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente. 2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función. 3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público. (...). Artículo 35°. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: 1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo. (...).

¹⁴ Ley 734 de 2002 derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la ley 1952 de 2019.

Lo anterior por falta de control al no tomar decisiones y actuaciones desde su función administrativa de supervisor y liderar acciones que le permitan resolver los problemas que se presentan en la ejecución del convenio. Generando riesgos en la prestación del servicio de alumbrado público, al recaudo y facturación del tributo en el municipio.

Correo electrónico enviado al Coordinador papel de trabajo evaluación de la supervisión. Julio 27/20:

Envío papel de trabajo en construcción evaluación de la supervisión.



Marlen García <marlengdelacadena7@gmail.com>
para menatioredsalex, dcperlaza, claudia, dtreclatyaseo

lun., 27 jul. 15:46 ☆ ↩ ⋮

Doctora: María Victoria Montero -

Ajuntó al presente un papel de trabajo, que corresponde a la evaluación adelantada con la abogada Claudia Ximena, a las actividades de supervisión de la UAESPM a la prestación del servicio de alumbrado público.

El documento aun no está terminado, pero considero oportuno que sea conocido por el Coordinador, el auditor encargado del componente financiero y usted señor Director, para que evalúen el tema de la argumentación, redacción, análisis que reviste el tema.

Me preocupa que las abogadas tenemos dos asuntos más por los que debemos responder, y que obligan a redactar, argumentar y construir las observaciones, y son al tema de las competencias, atribuciones y funciones de la UAESPM en el marco de la prestación del servicio de alumbrado público. Y el aspecto contractual del convenio interadministrativo. Sinceramente, hemos puesto el empeño y el esfuerzo en hacer un buen trabajo, pero nos encontramos con el límite del tiempo.

Mil gracias, por su entendimiento, buena colaboración.

Marlen García De La Cadena - Profesional Universitaria

