

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

86111

Bogotá D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 01-12-2023 15:57
Al Contestar Cite Este No.: 2023IE0126906 Fol:1 Anex:0 FA:0
ORIGEN 86111 DESPACHO DEL CONTRALOR DELEGADO PARA EL SECTOR MINAS Y ENERGÍA /
GERMAN CASTRO FERREIRA
DESTINO 80112 OFICINA JURÍDICA / ISDUAR JAVIER TOBO RODRIGUEZ
ASUNTO E-2023-742379 INTERNO 2023-201
OBS

2023IE0126906



Doctor
ISDUAR JAVIER TOBO RODRÍGUEZ
Director
Oficina Jurídica
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
isduar.tobo@contraloria.gov.co
Ciudad.

Asunto: Informe Técnico dentro de una solicitud de asistencia a audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación.

Respetado doctor Tobo:

De manera atenta, y actuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Resolución Reglamentaria Organizacional REG-ORG 0762 del 2 de junio de 2020 *"Por la cual se desarrollan las condiciones y la metodología general para el seguimiento permanente a los recursos públicos y el ejercicio de la vigilancia y control fiscal concomitante y preventivo de la Contraloría General de la República"*, remito para lo de su competencia el Informe Técnico de la Audiencia con los datos que identifico a continuación.

a) Identificación del asunto a conciliar y las partes involucradas:

Asunto: E-2023-742379 Interno 2023-201
Convocante(s): HILDA CAROLINA RIVERA ORTEGA y OTROS.
Convocada(s): EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI
E.I.C.E. E.S.P. DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Despacho: PROCURADURÍA 217 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
HÉCTOR ALFREDO ALMEIDA TENA
Procurador 217 Judicial I para Asuntos Administrativos
Citación: 18 de diciembre de 2023 a las 10:20 a.m.
Modalidad: No presencial – Sincrónica - Microsoft Teams.
halmeida@procuraduria.gov.co



b) Procedencia de la conciliación para el caso concreto, entre otros, en razón del asunto y términos de caducidad.

El Grupo de Control Concomitante y Preventivo de la delegada de Minas y Energía considera pertinente la asistencia a la audiencia de conciliación y la presenta para su aprobación, teniendo en consideración que adjudican el presunto hecho dañino una presunta falla en el servicio en la prestación del servicio eléctrico.

La asistencia de este ente de control pretende proteger los recursos del Estado, en virtud de la narrativa de los hechos, de la cual destaco:

1. Los hechos acaecieron el 1º de diciembre de 2021, día en que el señor JUAN DAVID CASTRO GUTIERREZ (D.E.P.) perdió la vida, encontrándose en la terraza de su vivienda ubicada en la carrera 29ª con calle 35G en el barrio San Pedro Claver de la Comuna 11 en la ciudad de Santiago de Cali, por una descarga eléctrica.
2. Al decir del libelista, *“(…) los cuales se encuentran peligrosamente ubicados a poca distancia del inmueble en el que se encontraba JUAN DAVID, incumpliendo las disposiciones normativas del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas -RETIE-, proferido por el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución 90708 del 30 de agosto del 2013, mediante la cual se adoptan los reglamentos técnicos orientados a garantizar la protección de la vida de las personas contra los riesgos que puedan provenir de los bienes y servicios relacionados con la energía eléctrica.*
3. De suyo esta irregularidad consistente en la cercanía de los cables no debía ser nueva, pese a la convicción del libelista al afirmar que *“(…) no remite duda que las entidades convocadas sometieron a JUAN DAVID a un riesgo de naturaleza excepcional, pues fue expuesto de manera innecesaria a un inminente peligro, mismo que se concretó el 01 de diciembre de 2021 cuando recibió la descarga eléctrica que le produjo su muerte.”*
4. El nexo causal corresponde al Convocante y a la Empresa prestadora revisar la posible existencia de eximentes de responsabilidad, en la medida en que se deben proteger los recursos Públicos, y a esta delegada le queda duda respecto de la construcción de la terraza y de cercanía de los cables de alta tensión.

Para la tradición jurídica colombiana, la generación, transformación, transmisión y distribución de energía entrañan un alto riesgo, no obstante, la delegada presenta como hipótesis para la protección al patrimonio público, la verificación de prueba del nexo causal.

En efecto, el Consejo de Estado Sección Tercera, en Sentencia 05001233100020120069001 (54121), de noviembre 27 de 2017 precisó que este



elemento se cumple cuando el administrado viola las obligaciones a las cuales está sujeto y presentó once supuestos en los que cabe el elemento como eximente de responsabilidad:

1. *Se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos o en el despliegue de actividades.*
2. *La “ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas” puede constituir una “conducta negligente relevante”.*
3. *Puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de “labores que no les corresponden”.*
4. *Debe contribuir “decisivamente al resultado final”.*
5. *Para “que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración”, a lo que se agrega que en “los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad”.*
6. *La “violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, la que “exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva”.*
7. *Por el contrario, no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima. (Lea: Desconocimiento de deberes por parte del ciudadano puede exonerar de responsabilidad al Estado)*
8. *Se entiende la culpa exclusiva de la víctima “como la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, lo que cabe encuadrar, matizando, en el primer supuesto, porque no solo opera por virtud del consentimiento de un acto ilícito, sino al despliegue de una conducta que es violatoria de las obligaciones a las que está llamado a cumplir (como en la conducción de vehículos a la velocidad ordenada, a la distancia de seguridad, a la realización de maniobras autorizadas, al respeto de la señalización, etc.).*
9. *Debe demostrarse “además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”, lo que encuadra en el cuarto supuesto dogmático de la imprudencia de la víctima.*
10. *Que se acrediten los elementos objetivos de la conducta gravemente culposa de la víctima.*
11. *Que la víctima “por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño” (C. P. Jaime Orlando Santofimio). (Destaco).*

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el autor del daño está obligado a reparar a la víctima y sobre el particular la doctrina ha sostenido:



En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. (...) En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra¹.

El Estado es responsable de garantizar el suministro del servicio público de energía eléctrica² y la fuente de responsabilidad más importante reposa en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, seguidamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta respecto de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

De manera que las empresas de energía eléctrica, por razón de su actividad peligrosa, si causan un daño deben repararlo, salvo que se demuestre que el daño no fue con ocasión de dicha actividad, acreditando elemento extraño (fuerza mayor, caso fortuito) o la participación de un tercero o de la víctima, deberán responder por el hecho dañino.

La delegada advierte la inexistencia del **nexo causal**, pues debemos recordar que una cosa es demostrar la ocurrencia de los hechos y otra muy diferente el nexo causal, así como la ausencia de eximentes de responsabilidad.

El nexo en este caso no es simplemente la conducción de la energía como causal de la lamentable pérdida de la vida, sino la demostración probatoria procesal de la responsabilidad, esto es, del nexo causal, que no cumple el Convocante, siendo su deber legal para la vocación de éxito del medio de Control invocado.

c) Razones por las cuales amerita la asistencia a la audiencia de conciliación, en consideración al impacto económico, social o ambiental, y al riesgo de pérdida o afectación al patrimonio público involucrado en el asunto a conciliar.

Justamente las razones que ameritan la asistencia están fundadas en el acápite anterior, en el que se concluye que la acción, además de no haber caducado con hechos acaecidos en el año 2021, mes de junio, procede frente a **una presunción**

¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo-De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile. Imprenta Universal, 1981. p.1

² Artículo 365 — Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.



de la falla en la prestación del servicio de electricidad, y la existencia del hecho dañino, desconociendo la posible existencia de eximentes de responsabilidad.

Y pese a esta conclusión, corresponde al convocante demostrar, además del hecho dañino, **el nexo causal**, esto es, que el daño fue cometido en el ejercicio de una actividad peligrosa, y la responsabilidad solo se podrá eludir demostrando causales de exoneración como lo son la culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor.

Así las cosas, las razones que ameritan la asistencia a la audiencia, además de la **verificación de los elementos esenciales de la responsabilidad**, son los aspectos relacionados con la responsabilidad del Estado de prevenir esta clase de fallas, en caso de que se presenten, en la medida en que el servicio de energía eléctrica es inherente a la finalidad del Estado (art. 365 y 367 de la Carta Política) y su prestación, por la naturaleza peligrosa, genera riesgos, precisamente por la contingencia del daño, aplicándose, en consecuencia, principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet*.

Advierte el artículo 370 de la Constitución Política:

“Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”

En estos casos, la responsabilidad no requiere de demostración de culpa o falta de diligencia, sino es, *per se*, parte del riesgo de la prestación del servicio. Así lo señaló el jurista francés León Duguit:

La responsabilidad tiende más a resumirse en esta proposición: cuando un acto afecta un patrimonio, produce una disminución: El equilibrio deber ser restablecido. El patrimonio que afectó con su acto debe soportar una disminución equivalente al daño ocasionado. El patrimonio lesionado debe recibir como indemnización el monto de esa disminución. Así la noción de acto personal desaparece poco a poco del dominio de la responsabilidad civil, para dar cabida a la noción de fin y de Riesgo.

Así las cosas, el caso puede conllevar la responsabilidad patrimonial del Estado, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos:

El régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (artículo 90 de la C.P.), en la medida en que éste comporta una lesión a un



bien jurídicamente tutelado cuyo titular – quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal-, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. Se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la Administración, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la inexistencia de nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña. (...) Sobre el particular, debe señalarse que la actividad de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica es en sí misma una actividad lícita del Estado, a través de la cual somete a los ciudadanos, por regla general, a un riesgo excepcional y que, por lo tanto, podría llegar a generar perjuicios.

d) Posición jurídica y técnica de la dependencia sobre el asunto sometido a conciliación.

Para esta delegada procede el ejercicio del Control Concomitante y Preventivo en desarrollo de la audiencia, **con voz**, aunque si bien excepcional y no vinculante, creado para la protección del recurso público, en la medida en que, **una fórmula de conciliación, sin revisar los componentes de la responsabilidad patrimonial del Estado, podría afectar los intereses patrimoniales.**

En este tipo de responsabilidad, **la carga probatoria que recae en quien la propone**, se circunscribe a acreditar la actividad peligrosa y, no obstante, para la vocación de éxito de la demanda, el nexo causal, así como los eximentes de responsabilidad son necesarios en cuanto a su análisis previo a una fórmula de conciliación.

En efecto, conforme al análisis que antecede, la responsabilidad en casos de conducción de electricidad puede eximirse al destacar **la ausencia de pruebas del nexo causal**, no así del hecho dañino.

Y si bien estamos frente a una actividad riesgosa bajo la imputación de falla en el servicio, que obliga a demostrar el nexo entre la falla y el daño. Así lo reafirma nuestra tradición jurídica:

ACTIVIDAD RIESGOSA - Conducción de energía eléctrica / CONDUCCION DE ENERGIA ELECTRICA - Actividad riesgosa / CONDUCCION DE ENERGIA ELECTRICA - Falla del servicio

La conducción de energía eléctrica, mediante cables de alta tensión, ha sido considerada tradicionalmente como una actividad riesgosa, de suerte que al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad jurídica entre éste y el hecho de la Administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa, para que surja la

responsabilidad del Estado, en tanto que este último, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. Lo anterior no obsta para que el juez declare la responsabilidad del Estado con fundamento en una falla en la prestación del servicio, en el evento de que ésta llegare a acreditarse en el proceso. Nota de Relatoría: Ver sentencia de 23 de enero de 2003, exp. 12953.

RED DE ENERGIA - Distancia mínima / RED ELECTRICA - Normas de seguridad / RED ELECTRICA - Mantenimiento y reparación / FALLA DEL SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Mantenimiento de redes eléctricas / CONCURRENCIA DE CAUSAS - Falla del servicio. Hecho de un tercero. Culpa de la víctima / CULPA DE LA VICTIMA - Reducción de la condena

Puede concluirse, entonces, que la muerte del señor William Lozano Viera, obedeció a la concurrencia de varios factores. En primer lugar, el hecho de que los propietarios o quienes edificaron el inmueble donde ocurrió el accidente hubieren hecho caso omiso de las distancias exigidas para la ubicación de las redes aéreas de distribución primaria, según las cuales éstas deben encontrarse a una distancia mínima de 2.40 metros en relación con el bien inmueble. En segundo lugar, la imprudencia de la víctima, quien no tomó ninguna precaución al respecto, a pesar de que se encontraba manipulando una varilla metálica cerca de las cuerdas de energía. En tercer lugar, la falta de mantenimiento de las redes eléctricas, obligación que estaba en cabeza de la entidad demandada. La sumatoria de tales factores produjeron el accidente en el que perdió la vida el señor Lozano Viera; de suerte que la condena que se imponga en este caso deberá reducirse en un 50%. (Destaco).

No se debe olvidar que para que exista responsabilidad, se requiere de la existencia de tres (3) elementos a saber:

1. El daño,
2. El hecho generador del mismo y,
3. **El nexo de causalidad** que permite imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

El nexo causal es un elemento autónomo que **no admite presunción**, y la culpa de la víctima es una causal exonerativa de responsabilidad.

Se puede exonerar probando ausencia de nexo causal o probando la existencia de una causa extraña que exima de responsabilidad y si el Despacho o la Convocada revisa el acápite de pruebas, solo presenta los registros civiles que prueban vínculos con el *de cuius*, la epicrisis que demuestra la forma del deceso, así como la necropsia, pero no se evidencia prueba que demuestre el nexo causal.

Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!

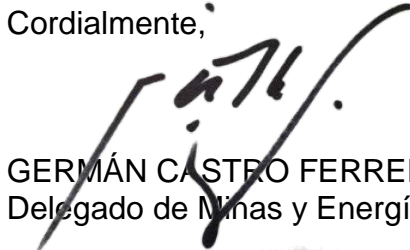
En virtud de la cuantía estimada en NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$984.317.562 COP), para proteger el patrimonio público, debe analizarse el acervo probatorio allegado por el Convocante como prueba del nexo causal.

Se insiste en que, demostrar la ocurrencia de los hechos, no es lo mismo que demostrar la existencia del nexo causal, necesario para la vocación de éxito de la demanda que se pretende, por lo que **no procede presentar fórmula de conciliación a fin de no afectar el patrimonio público, si no se evidencia la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado ya el convocante no allegó prueba eficiente del nexo causal**, basándose en presunciones.

Atendiendo a la ética y la moralidad públicas, de advertirse la responsabilidad, la fórmula de conciliación deberá ser analizada en derecho, **revisando que el nexo causal reúna los requisitos y se desvirtúen los eximentes de responsabilidad**, tales como posible construcción de terraza no registrada a efectos de atender la altura de las redes conforme a las normas del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas -RETIE y se alleguen pruebas necesarias pues, en los términos del escrito de conciliación, esta delegada considera que no puede presentarse fórmula conciliatoria, ante la ausencia de pruebas que demuestren el nexo causal.

Este es el fin último de la intervención del ente de control, la protección del Patrimonio Público que, de presentarse acuerdo en estas condiciones, acudirá nuevamente en los términos del artículo 113 de la ley 2220 de 2022 “POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO DE CONCILIACIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES” que faculta a este ente de control a intervenir nuevamente.

Cordialmente,



GERMÁN CASTRO FERREIRA
Delegado de Minas y Energía

María Claudia Soto Franco

TRD 86111-134-01