



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
DESPACHO 004

Santa Marta, jueves cuatro (04) de julio del año dos mil diecinueve (2019).

MAGISTRADA PONENTE DR. ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS

Demandante	MUNICIPIO DE PIVIJAY Y MUNICIPIO DE CHIVOLO
Demandado	ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
Acción	ACCION POPULAR
Radicación	47-001-23-31-001-2004-2128-2004 47-001- 23-31-001-2004-02250-00 (Acumulados)
Asunto	Sentencia segunda instancia

Visto el informe secretarial que antecede, procede esta Colegiatura a pronunciarse sobre la Acción Popular en lo que a derecho corresponde, de acuerdo a las consideraciones que pasan seguidamente a exponerse.

I. ANTECEDENTES

1. Demandas

Los municipios de PIVIJAY Y CHIVOLO, impetraron una acción popular en contra de la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación, pretendiendo lo que ha seguido renglón se trae a colación.

1.1. PRETENSIONES

1.1.1. Pretensiones del municipio de PIVIJAY (fls.1-2 cuaderno principal):

1. Ordenar a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P. la restitución de los bienes correspondientes a la infraestructura eléctrica de propiedad del municipio de PIVIJAY-MAGDALENA, los cuales fueron recibidos en transferencia hecha por la vendedora ELECTRIFICADORA DEL MAGDDALENA "ELECTROMAG" S.A. E.S.P. en liquidación, según contrato N° 2636 del 04 de agosto de 1998 de la Notaria 45 del Circulo de Bogotá D.C.
2. En el evento de un fallo favorable se declare por incidente que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., le adeuda al municipio de PIVIJAY-MAGDALENA la suma de mil quinientos cuarenta millones doscientos cincuenta mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1.540.250.419,00) como lucro cesante por concepto del goce y usufructo de la infraestructura eléctrica del municipio de Pivijay- Magdalena.
3. Se declare que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. E.S.P. en liquidación, le adeuda al municipio de PIVIJAY- MAGDALENA, la suma de cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco millones ochocientos sesenta y seis mil ochenta y siete pesos (\$4.495.866.087,00).
4. Se ordene cancelar a los accionados que resulten responsables de la vulneración o agravios a los derechos e intereses colectivos de la moralidad administrativa y la violación de los derechos colectivos del patrimonio público del municipio de PIVIJAY-MAGDALENA, el incentivo del que trata el artículo 40 de la ley 472 de 1998, las costas procesales y agencias en derecho de conformidad con el artículo 38 ibídem, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar, tales como daños y perjuicios que se ocasionaron o puedan ocasionar al municipio de PIVIJAY- MAGDALENA por hechos materia de esta demanda.
5. Se ordene compulsar las copias respectivas a los entes de control disciplinario y penales de acuerdo a las conductas que se prueben con ocasión de la presente acción.

1.1.2. Pretensiones del municipio de CHIVOLO (fls.1-2 del cuaderno acumulado).

1. Ordenar a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. la restitución de los bienes correspondientes a la infraestructura eléctrica de propiedad del municipio de CHIVOLO - MAGDALENA, los cuales fueron recibidos en transferencia hecha por la vendedora ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. E.S.P. en liquidación, según contrato de escritura pública N°2636 del 4 de agosto de 1998 de la Notaria 45 del circulo de Bogotá D.C.
2. En el evento de un fallo favorable, se declare por incidente que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P., le adeuda al municipio de CHIVOLO- MAGDALENA, la suma de trescientos noventa y cuatro millones cuatrocientos noventa y ochocientos dieciocho pesos (\$394.498.818,00), más los intereses corrientes y moratorios como lucro cesante, desde la fecha de la operación hasta la liquidación incidental, por concepto del goce y usufructo de la infraestructura eléctrica del municipio de CHIVOLO- MAGDALENA.
3. Se declare que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. E.S.P. en liquidación, le adeuda al municipio de CHIVOLO- MAGDALENA, la suma de mil cientos cincuenta y un millones cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos doce pesos (\$1.551.486.712,00), más los intereses corrientes y moratorios como lucro cesante desde la fecha de la operación hasta la liquidación incidental por el goce y usufructo de la infraestructura eléctrica de propiedad del municipio de CHIVOLO- MAGDALENA.
4. Se ordene cancelar a los accionados que resulten responsables de la vulneración o agravios a los derechos e intereses colectivos de la moralidad administrativa y la violación de los derechos colectivos del patrimonio público del municipio de CHIVOLO-MAGDALENA, el incentivo del que trata el artículo 40 de la ley 472 de 1998, las costas procesales y agencias en derecho de conformidad con el artículo 38 ibídem, sin perjuicio de las demás acciones a que hallan lugar, tales como daños y perjuicios que se

ocasionaron o puedan ocasionar al municipio de PIVIJAY- MAGDALENA por hechos materia de esta demanda.

5. Se ordene compulsar las copias respectivas a los entes de control disciplinario y penales de acuerdo a las conductas que se prueben con ocasión de la presente acción.

1.2. Hechos.

Como origen de las pretensiones impetradas en la acción de referencia, los actores exponen los hechos que en resumen son los siguientes:

1.2.1. Hechos por parte municipio de PIVIJAY (fls,2-9 del cuaderno principal).

Manifiesta el municipio de PIVIJAY, que desarrolló y ejecutó proyectos de infraestructura eléctrica que servirían para el aprovechamiento y mejoría de las redes, llevando así fluido eléctrico a distintos sectores urbanos y rurales, cuyos costos fueron asumidos por el municipio, infraestructura de la que se sirvió la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. E.S.P. en liquidación, con el ánimo de que sirviese para la comercialización, distribución y transporte de la energía eléctrica, sin que el municipio recibirá retribución alguna.

Afirma que dicha infraestructura está conformada por un tendido de redes, postería, transformadores, sujetadores, aisladores, crucetas, entre otras, las cuales estima son de propiedad del municipio de Pivijay, los cuales por destinación, son bienes muebles del ente territorial, así como bienes fiscales destinados para el beneficio de la población del municipio. Aclara que dichos bienes no requieren registro de la oficina de instrumentos públicos. También alude a una relación de 61 contratos ejecutados por este municipio, por un monto total de dos mil veinte millones setecientos noventa y cinco mil seiscientos dieciséis pesos con veinte centavos (\$2.020.795.616,20).

El extremo activo manifiesta, que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. E.S.P. en liquidación desde 1978 hasta 1994, sacó provecho del uso, goce y usufructo de la infraestructura eléctrica, mediante escritura pública N° 2636 del 4 de agosto de 1998 de la Notaria 45 de Bogotá, transfirió de manera

general el inventario de la infraestructura eléctrica a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P.

Asevera que al momento que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" transfiere los activos, olvidó que la infraestructura eléctrica para la operación del servicio de energía, pertenece al municipio de PIVIJAY razón por la cual, la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., cuando recibió dichos activos incurrió en una omisión tendiente en no revisar, censar e inventariar los bienes muebles o inmuebles propiedad de la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG", desidia que de no haberse presentado, hubiera permitido distinguir entre los activos del anterior operador y los que pertenecen al municipio.

Considera la parte activa, que se le generó un daño emergente al momento que se le privó de los bienes eléctricos fiscales propios del municipio, generado en primer lugar la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. E.S.P. en liquidación desde 1979 hasta 1998, causando así que el municipio de PIVIJAY dejase de percibir un lucro económico del 1% de valor de la infraestructura eléctrica propiedad del municipio, por un valor cuantificable de cuatro mil trescientos sesenta y cuatro millones novecientos dieciocho mil quinientos treinta y un pesos (\$4.364.918.531.00), así como los intereses corrientes del 1% y moratorios del 2%.

En la misma medida, asegura que por la misma situación, la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., durante el periodo comprendido entre 1998 al 2004, le adeuda al municipio la suma de cuatrocientos noventa y cinco millones trescientos ochenta y ocho mil setecientos cincuenta y seis pesos (\$1.495.388.756,00), sumado a los intereses corrientes del 1% y moratorios del 2%.

Señala que las empresas accionadas, han proyectado una completa posición dominante frente a la situación, negándole al municipio el derecho a participar en los acuerdos financieros, lucrativos y administrativos, a las que consideran tienen derecho dado que son los propietarios de la infraestructura eléctrica, generando así una transgresión a la moralidad administrativa del municipio de PIVIJAY, así mismo que esa posición dominante y autoritaria solo ha generado un deterioro en la infraestructura eléctrica del municipio.

1.2.2. Hechos por parte del municipio de CHIVOLO. (fls.2 al 8 del cuaderno acumulado)

Manifiesta que el municipio desarrolló y ejecutó proyectos de infraestructura eléctrica para el aprovechamiento y ensanche de redes, electrificando varios sectores urbanos y rurales de esa localidad, todos con cargo al presupuesto municipal de rentas y gastos, los cuales fueron utilizados por la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación, con el objeto de comercializar, distribuir y transportar energía eléctrica para suministrarle el servicio a usuarios indeterminados, sin que esta retribuyera al municipio los dineros a que tenía derecho por el goce y usufructo.

Que en virtud de lo previo, el municipio de CHIVOLO, es propietario de la infraestructura eléctrica, comprendida por posteria, tendidos de redes, transformadores, aisladores, sujetadores, crucetas, etc., los cuales según su condición se consideran en principio bienes muebles, y por el uso fijación se convierten en bienes inmuebles por destinación, comoquiera que están adheridos al suelo en la jurisdicción del municipio de CHIVOLO, conforme el artículo 658 del Código Civil, elevándose a la categoría de bienes de la unión o bienes fiscales eléctricos destinados al servicio público de energía eléctrica beneficiando a un número plural de habitantes dentro y fuera del perímetro urbano, los cuales no requieren de la formalidad de registro en la oficina de registro de instrumentos públicos en su jurisdicción, mencionando para tales efectos una serie de contratos, que ascienden a un valor total de quinientos treinta y tres millones noventa y cinco mil seiscientos y tres pesos moneda legal (\$533.095.653) como inversión del municipio, constituyéndose así en un activo fijo y/o bien fiscal del orden territorial avalado en la suma citada .

Pone de presente que comoquiera que los contratos de electrificación para ese municipio comenzaron para el año de 1978, pues, se realizaron varios hasta el año 1994, fecha en la cual surgió la ley de servicios públicos domiciliarios reglamentaria de los mismos, pero fue desde la primera fecha hasta el año 1998 que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A. E.S.P., en liquidación, tuvo el uso, goce, usufructo de los bienes eléctricos fiscales y/o activos fijos de propiedad del ente territorial plurimencionado.

Asevera que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación, transfirió de manera global y sin detallar cuales eran, el inventario físico de los activos involucrados en la infraestructura municipal para prestación del servicio de comercialización de energía a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P, mediante escritura pública No. 2636 del 4 de agosto de 1998 otorgada en la notaria 45 del circulo de Santafé de Bogotá, es decir, la empresa ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación, transfirió los derechos de comercialización de energía, pero se olvidó que para la comercialización de energía se requiere una infraestructura que la empresa tradente no demuestra haya invertido, habida cuenta que no aparecen discriminados los bienes físicos para la prestación de tal servicio en el contrato de transferencia de activos ya mencionados, luego entonces, no tiene ni tuvo ningún derecho de transferir la infraestructura eléctrica desarrollada e implementada por el municipio de CHIVOLO.

En virtud de ello expresa que la empresa tradente y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P. se encuentran en mora de retribuirle al municipio de CHIVOLO (MAGD.) los dineros por estos conceptos hasta la fecha de la terminación de la presente demanda, pues a su criterio, se ocasionaron unos daños por daño emergente, al haberse privado de la posibilidad de utilizar sus bienes eléctricos fiscales como activos propios, por lo que, considera que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación, debe pagar al municipio de CHIVOLO (MAGD.) el uso, el goce, y el usufructo que ha tenido durante los años mencionados en el numeral anterior a una tasa del uno por ciento (1%) mensual sobre el avalúo total de los bienes fiscales eléctricos del ente territorial que es la suma de \$1.151.486.712 más los intereses corrientes y moratorios a una tasa de 1% para los corrientes y del 2% moratorios tomando como punto de referencia el valor porcentual establecido para los arrendamientos de inmuebles por la operación y explotación comercial ininterrumpida de la infraestructura eléctrica, es decir, durante 18 años.

Sobre la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., afirma que se le debe pagar al ente territorial el mismo uso, goce y usufructo que ha tenido durante 75 meses a la tasa del 1% mensual tomando el mismo punto de referencia sobre el avalúo de los bienes fiscales eléctricos de CHIVOLO (MAGD.) (\$394.490.818) que arroja la suma total de \$1.545.977.530, más los intereses

corrientes y moratorios, por la operación y explotación comercial ininterrumpida descrita, sin que hayan retribuido económicamente al referido municipio.

2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA.

2.1. Electrificadora del Caribe “Electricaribe” S.A. E.S.P. (fls. 141-149 del cuaderno principal y 129 al 140 del cuaderno acumulado)

Contestó la demanda dentro del término legal, manifiesta que se opone totalmente a las pretensiones de las demandas incoadas, ya que la empresa actuó de acuerdo a lo establecido en el contrato de transferencia, y en este sentido asevera que su representada no ha puesto en peligro el derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa ni la defensa del patrimonio público, por tanto no se le debe obligar al pago del lucro cesante planteado, ni mucho menos ordenar se le varíe el objeto del contrato de transferencias suscrito por ELECTROMAGDALENA en liquidación por este mecanismo procesal por cuanto resulta abiertamente improcedente.

Encontrándose en la oportunidad para hacerlo, el extremo demandado propuso como excepciones i) falta de legitimación por activa ii) indebida escogencia de la acción constitucional, iii) inexistencia de vulneración de derechos colectivos alegados, iv) justo título de “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. en la adquisición de los bienes objeto de reivindicación, y v) temeridad de la acción.

2.2. Electrificadora del Magdalena “Electromag” S.A. E.S.P. (fl. 352 – 355 del cuaderno principal)

Se opone a cada una de las pretensiones planteadas en el libelo de la acción popular, considerando que son planteamientos infundados producto de la especulación del demandante.

En este sentido, señala que la demanda de la referencia es improcedente, comoquiera que versa sobre hechos ocurridos entre 1978 y 1998 fecha en las cuales la empresa hizo uso de la infraestructura eléctrica ubicada en el Municipio de PIVIJAY (MAGD.), y que luego de transcurridos tantos años, el demandante afirma se le adeudan unos dineros, sin aportar los contratos o convenios suscritos para esas anualidades entre ambas partes o cualquier otro documento en donde se haga constar las obligaciones del ente hacia con el municipio.

Es por esto, que solicita se declare improcedente la acción constitucional de la referencia.

2.3. Nación – Ministerio de Minas y Energía. (fl. 376 – 387 del cuaderno principal)

La entidad estatal accionada contestó la demanda, arguyendo que no tuvo relación alguna con los hechos manifestados en la demanda relativos a la infraestructura y/o transferencia de activos celebrado entre ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y ELECTROMAGDALENA S.A. E.S.P. en liquidación, por lo que deben negarse las pretensiones de la demanda, pues a su criterio, no existen fundamentos jurídicos para endilgar responsabilidad alguna a la mencionada entidad, sobretodo, si se tiene en cuenta que las empresas demandadas son totalmente autónomas en su administración y presupuesto, y en consecuencia, actúan con su personería jurídica, de manera independiente de la NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

Así pues, propone esta entidad demandada las excepciones de i) inexistencia de litis consorcio necesario, ii) inexistencia de solidaridad y iii) falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. Nación – Ministerio de Hacienda. (fl. 507 – 538 del cuaderno principal)

Esboza que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, no posee los bienes correspondientes a la infraestructura eléctrica supuestamente perteneciente al municipio de PIVIJAY (MAGD.), por lo tanto, no le es posible realizar la restitución de los mismos, lo anterior, además de que, la entidad no intervino de manera alguna en el negocio jurídico que dio origen a la acción de la referencia.

Presenta como excepciones las de i) falta de legitimación por pasiva ii) falta de competencia iii) indebida denominación de la acción

2.5. Departamento Nacional de Planeación. (fl. 544 – 560 del Cuaderno Principal).

Asevera que se opone a todas y cada una de las pretensiones expuestas en la demanda de la referencia, y para los fines pertinentes de su defensa, expone que quienes intervinieron en el proceso de reorganización y capitalización del sector energético, conocían y aceptaron libremente las responsabilidades derivadas del mismo y la exclusión de responsabilidades, verbi gratia, del Departamento Nacional de Planeación, por tal motivo, propone la excepción de i) falta de legitimación en la causa por pasiva,

3. SENTENCIA APELADA. (fls. 1045 – 1057 del cuaderno principal).

El A-quo al desatar el fondo de la cuestión litigiosa, en primera medida se refiere a la falta de legitimación en la causa por pasiva allegada por los extremos encausados, y para tal efecto, esgrime que basta con remitirse a la Escritura Publica No. 2636 del 04 de agosto de 1998, otorgada en la Notaria 45 de Bogotá, por medio de la cual se realizó la transferencia de activos de la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. A LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., con la lectura de la escritura se puede concluir que en ese acto no hubo participación alguna de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y NACIÓN – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN; por lo tanto, le asiste razón a estas entidades cuando manifiestan que no les puede afectar el incumplimiento de un contrato de transferencias de activos en el que no intervinieron o participaron, y además, no han usado, ni usufructuado, ni poseen los bienes que se pretende restituir con la presente acción.

Sobre la excepción de indebida escogencia de la acción, propuesta por ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A, considera el Despacho en primera medida que la acción contractual por el presunto incumplimiento del contrato de cesión de activos de ELECTROMAG S.A. E.S.P. a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., no tiene relación directa con el objeto de la presente acción constitucional, toda vez que lo que aquí se pretende dilucidar, viene a ser el usufructo de las redes del tendido eléctrico que los municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD.) consideran son de su propiedad y vienen siendo utilizados por las citadas empresas para la distribución y comercialización de la energía eléctrica, sin que tales municipios estén recibiendo retribución alguna.

Por otra parte, estima el fallador de primera instancia que no se puede alegar que transcurrió demasiado tiempo para la interposición de la acción, por cuanto el artículo 11 de la Ley 4720 de 1998 señala que la acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.

Sobre el restante de las excepciones, es decir, temeridad de la acción, no vulneración de derechos colectivos y justo título e inexistencia de litis consorcio y falta de solidaridad, a su juicio al encontrarse encaminadas a enervar las pretensiones de la demanda, se desataron al estudiar de fondo el asunto.

Así pues, teniendo en cuenta que las redes eléctricas por medio de las cuales se transporta, distribuye y comercializa la energía eléctrica a toda la comunidad de los municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD.) no son bienes públicos sino fiscales, por ende el Despacho concluyó que con la utilización que de tales redes han hecho las empresas ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., para la prestación del servicio de energía eléctrica a la población de los mencionados municipios y la transferencia de las mismas que la primera empresa hizo a la segunda, sin retribución económica en ambos casos a favor de los municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD.), no existe vulneración alguna a los derechos colectivos o a la moralidad administrativa y a la protección del patrimonio público, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda,

4. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 1059 del cuaderno principal)

El apoderado del extremo activo presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la sentencia de calenda 29 de mayo de 2015 alegando que dicho pronunciamiento no es cosa juzgada, constitutiva de una violación al debido proceso fundamentando en la Sentencia T- 524 de 1999.

5. TRAMITE Y ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El Despacho 004 de esta Corporación, a través de auto del 06 de agosto de 2015 se remitió el presente asunto a la oficina de reparto judicial de Santa Marta, a fin de que realizaren el reparto entre los Magistrados Permanentes de este Tribunal (fl.1064), luego, el Despacho 03 de este mismo Tribunal, dispuso que el asunto debía ser remitido nuevamente a la Oficina de Apoyo Judicial de Santa Marta, para

que fuere repartido al Despacho permanente en escrituralidad del Tribunal Administrativo del Magdalena (fl.1069), el cual admitió el asunto a través de providencia del 01 de julio de 2016 (fl.1075). Subsiguientemente, con auto del 09 de mayo de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión.

En este orden, el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, recorrió el traslado para alegar de conclusión mediante memorial del 19 de mayo de 2017 (fls.1079-7082), aduciendo en lo pertinente que tal como se señaló en sede de primera instancia, en el presente caso se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva del ente, por cuanto no obró como parte en el negocio de cesión de activos que se realizó entre las antiguas y nuevas electrificadoras, toda vez que ese contrato fue celebrado exclusivamente entre ELECTROMAGDALENA como vendedora y ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. como compradora, tal y como se evidencia en la Escritura Publica No. 2635 del 04 de agosto de 1998.

De otra parte, el agente del Ministerio Público, a través de escrito radicado el 01 de junio de 2017 (fls.1083-1089), rindió concepto, en el sentido de que, debe procederse con la inadmisión o bien el rechazo del recurso de apelación y en su lugar, debe declararse ejecutoriada la sentencia fechada 29 de mayo de 2015, habida cuenta que no existe el mas mínimo indicio sobre cuáles son los motivos de inconformidad sobre la sentencia recurrida, carga que según el Código General del Proceso, en su artículo 322 resulta de obligatorio cumplimiento.

6. CONSIDERACIONES

Cuestión Previa: Aplicación de las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil

El artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, respecto a los aspectos que no regula, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, sea del caso señalar que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 –CGP–, el cual entró en vigencia, en este departamento, el 01 de enero de 2014.

En relación con este aspecto, el Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia respecto a la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la ley vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

En la providencia en cita se hizo alusión al artículo 624 de la ley 1465 de 2012, el cual contiene un régimen de transición que remite a la normativa anterior de la siguiente manera:

"Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

"La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad"

(Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con la norma transcrita se establece unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud de manera ultra activa para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo.

Por otra parte, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado , mediante auto del 24 de febrero de 2017, con la ponencia de la doctora Martha Nubia Velásquez, precisó que el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, reguló lo atinente al régimen de transición y vigencia de este cuerpo normativo respecto de los procesos en curso o iniciados antes del 2 de julio de 2012, los cuales se seguirán rigiendo y culminarán con el régimen jurídico anterior.

Señaló que la expresión “régimen jurídico anterior” a la que hizo alusión el legislador, no se refiere solamente a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, sino que también comprende todas aquellas disposiciones normativas autónomas o complementarias que se encontraban vigentes a la entrada en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, por ende, resultan aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. De ahí que en este proceso, en los aspectos no regulados en el Código Contencioso Administrativo, también resulten aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, dado que este asunto inició con anterioridad al 2 de julio de 2012.

Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de las sentencias dictadas por los jueces administrativos. Así, en armonía de lo dispuesto en el artículo 146A del Decreto 01 de 1984, corresponde a la Sala de esta Corporación, decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, en contra de la sentencia adiada 29 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta.

Problema Jurídico

El problema jurídico que deberá resolver la Sala se circunscribe a determinar, si las empresas ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. E.S.P. y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P., violaron o conculcaron las garantías constitucionales colectivas a la moralidad administrativa y el patrimonio público, en razón al usufructo de las redes eléctricas que afirman los

entes demandantes municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGDALENA) construyeron en sus respectivas jurisdicciones y que, de forma subsiguiente, fueron cedidas entre las entidades, a título de transferencia de activos por medio de la escritura pública No. 2636 de 1998, otorgada en la Notaría 45 de Bogotá.

Tesis del Despacho

Después de un análisis riguroso de las pruebas arribadas al plenario en franco cotejo con los supuestos fácticos esbozados por las partes con la demanda y las respectivas contestaciones, estima la Sala que el caso bajo estudio deberá preferirse decisión en el sentido de CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta el 29 de mayo de 2015, comoquiera que no se encontró vulneración alguna a la moralidad administrativa y el patrimonio público.

De la acción popular.

Sea pertinente destacar en primer lugar que las acciones populares fueron consagradas por primera vez, como acciones de carácter constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico, al momento de expedirse la Constitución Política de 1991. En este orden de ideas, el artículo 88, inciso 1º de la Carta Magna dispuso literalmente lo que ha seguido renglón se transcribe:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Así pues, tenemos que las acciones populares fueron reglamentadas a través de la Ley 472 de 1998, la cual en su artículo 1º señala:

“Artículo 1º. Objeto de la ley.

La presente ley tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personal”.

Clarificado esto, debe destacarse que las acciones populares, vienen a ser el mecanismo constitucional mediante el cual el ciudadano del común puede lograr la protección de los derechos colectivos que, estima, le han sido afectados y conculcados, o cuando avista una amenaza de violación sobre éstos, en razón de la acción u omisión de las autoridades o de un particular, buscando hacer cesar su agravio y restituir las cosas al estado en el que se encontraban antes del despliegue de la entidad o del particular, esto, en la medida de lo que fuere posible. Este mecanismo ronda sobre la base de la prevención de los derechos colectivos para evitar su vulneración, como procedimiento preferencial, ágil y despojado de formalismos. La Constitución Política consagró este mecanismo para la protección del patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el medio ambiente, la libre competencia económica, y los demás que sean similares y que la Ley considere como tales, constituyéndose en un instrumento eficaz para dar solución a los conflictos que se han originado con la industrialización, la manifestación de los servicios y el consumismo.

Los extremos demandantes, arguyen que las empresas ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación. amenazan o vulneran los derechos e intereses colectivos anotados, porque han usufructuado para transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica, las redes construidas e instaladas por los municipios de PIVIJAY Y CHIVOLO (MAGD.), con cargo a sus propios recursos y en sus respectivas jurisdicciones y que dichas redes han sido utilizadas a fin de distribuir energía eléctrica a usuarios indeterminados sin que por esa operación, se les haya retribuido el dinero a que afirman, tienen derecho por el goce y usufructo de la infraestructura de su propiedad.

En razón de lo anterior, el extremo activo de la litis deprecia se le cancele por concepto de lucro cesante, los intereses corrientes y moratorios al municipio de PIVIJAY (MAGD.) equivalentes a la suma de cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco millones ochocientos sesenta y seis mil ochenta y siete pesos (\$4.495.866.087.00) y al municipio de CHIVOLO (MAGD.), la suma de mil ciento cincuenta y un millones cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos doce pesos (\$1.151.486.712.00); así mismo, pretenden que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., les cancele por concepto de lucro cesante, interés corrientes y moratorios por el goce y usufructo de la infraestructura eléctrica,

al municipio de PIVIJAY (MAGD.) la suma de mil quinientos cuarenta millones doscientos cincuenta mil cuatrocientos diecinueve pesos (\$1.540.250.419.00) y al municipio de CHIVOLO (MAGD.) la suma de trescientos noventa y cuatro millones cuatrocientos noventa mil ochocientos dieciocho pesos (\$394.490.818.00)

Aunado a lo previo, solicitan que se ordene la restitución a favor de los municipios de CHIVOLO Y PIVIJAY (MAGD.) de las redes eléctricas que actualmente se encuentran en posesión de la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA "ELECTROMAG" S.A. en liquidación, las cuales –reiteran- han venido usufructuando por varios años sin que los entes territoriales hayan recibido beneficio alguno por ello.

Ahora bien, comoquiera que con la demanda, el extremo activo de la litis aduce que se están vulnerando los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, emerge la necesidad de dilucidarlos en seguida.

En primer lugar, tiénese que la moralidad administrativa, se constituye como la facultad de los ciudadanos para exigir que la actividad de la administración en sus distintas facetas, se adecúe al cumplimiento de los fines del Estado y se imponga por la vía judicial, a más de que, tiene que ver con el cumplimiento de los deberes de corrección que obligan a la administración a trascender, desde las exigencias de la formalidad hasta el escenario en que la actuación debe acompasarse con los valores y principios rectores de la ciudad política. En efecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 27 de marzo de 2014, con ponencia de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, dentro del proceso de radicado No. 25000-23-15-000-2010-02404-01 (AP), expuso:

(...) como derecho subjetivo, la moralidad administrativa, en su extremo activo, pese a su titularidad difusa, consiste en la facultad de los ciudadanos para exigir, inclusive individualmente, que la actividad de la administración en sus distintas facetas –actuaciones, operaciones, hechos y contratos- se adecúe al cumplimiento de los fines estatales y se le imponga por la vía judicial, en cada caso concreto, la eficacia del derecho de que se trata; en tanto su aspecto pasivo tiene que ver con el cumplimiento de los deberes de corrección que obligan a la administración trascender, desde las exigencias formales, hasta el campo en el que la actuación se acompase

con los valores y principios rectores de la sociedad política. Quiere decir entonces, que, mientras las funciones se definen en la Constitución, la ley y el reglamento y están sujetas enteramente al principio de legalidad, los deberes de corrección que debe observar la autoridad para materializar esas funciones habrán de responder a los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es a la moralidad administrativa... la eficacia que la Constitución Política exige de este derecho – arts. 2 y 88- constituye uno de los mayores avances en el control al ejercicio del poder, pues la moralidad impone que los deberes de la administración se ubiquen, más allá de las exigencias de la legalidad con que tradicionalmente se ha querido controlar su actividad, en el campo de los valores fundantes de la sociedad y que, en tanto tienen que ver con la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos y propugnan por una estricta corrección en el obrar que habría de analizarse en cualquier caso, escapan a la posibilidad de que el legislador provea su contenido con antelación; pero que, en todo caso, se encuentran inmersos en lo público, por ser necesarios para que su manejo se encauce estrictamente por los fines que la carta fundamental atribuye al ejercicio del poder, como razón de ser de la organización política y de las garantías civiles.

(Negrillas del Tribunal)

Aunado a esto, la Corte Constitucional, mediante sentencia SU 649 de 2017, se refirió al principio de la moralidad administrativa, en los siguientes términos:

4.3.2. El derecho a la moralidad administrativa

La moral administrativa posee una naturaleza dual: de una parte, está consagrada como principio en la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y Ley 489 de 1998, artículo 3º) y, de otra, como derecho colectivo (Constitución Política artículo 88 y artículo 4º Ley 472 de 1998); esto hace que por lo general dicha transgresión vaya ligada y, como en efecto ocurre, a otros derechos e intereses de carácter colectivo.

Sobre la moralidad administrativa la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de señalar que se trata del “adecuado comportamiento del servidor público respecto de las

formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad.”

En su ejercicio hermenéutico, esta Corporación ha aplicado algunos criterios trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado como órgano de revisión de las acciones populares, al señalar que **los requisitos que deben concurrir para que proceda la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa:**

“1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005) 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.) 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo (Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).”

En efecto, el Consejo de Estado ha entendido que:

“...[P]ara efectos de los derechos colectivos y las acciones populares, el espíritu de la norma no es la referencia al concepto de moral en el sentido filosófico o religioso, sino a una expresión acorde con la realidad del ejercicio de la función administrativa, de ahí que el derecho colectivo se circunscriba a la “moralidad administrativa”, como manifestación del lenguaje del derecho, así, se dice que el derecho es un concepto cultural o un valor jurídico que supone estar trasuntado por la moral y la ética, el valor jurídico o cultural permite calificar la conducta como buena o mala dependiendo de lo que es plausible para la vida humana en común, mientras que el valor moral es bueno o malo en términos puros o absolutos [...] De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”[89]

A partir de lo anterior, el Consejo de estado ha señalado que:

“...[E]l análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que

la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general”.

(Negrillas fuera del texto)

De lo anterior, emerge la inferencia indiscutible que existe una vulneración a la moralidad administrativa cuando la acción u omisión corresponde al ejercicio de la función pública, cuando la acción u omisión lesiona el principio de legalidad, cuando la desviación en el cumplimiento de la función produce un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero y cuando, la desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo.

“1. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública. (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp-AP-720 de 2005) 2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp AP-166 de 2001.) 3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó 4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo (Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado).”

(Negrillas de la Corporación)

Por otro lado, debe advertirse que el patrimonio público, se constituye como un derecho colectivo, de conformidad a lo instituido en el artículo 88 de la Constitución Política y lo dispuesto por el legislador a través del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 que establece la procedencia de las acciones populares para la defensa del patrimonio público, tal como en efecto se transcribe en seguida forma:

“ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

(...)

e) La defensa del patrimonio público;”

De las excepciones propuestas.

Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva, denota la Sala que le asiste razón al A-quo, cuando asevera que debe declararse probada respecto a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y LA NACIÓN – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, comoquiera que al realizarse un estudio de la Escritura Publica No. 2636 del 04 de agosto de 1998, otorgada en la Notaría 45 de Bogotá (fls.141-173 del cuaderno principal) se logra constatar que no hubo partición de las entidades prementadas, por lo tanto, no les puede afectar eventualmente, el incumplimiento de un contrato de transferencia de activos en el que no intervinieron o tuvieron participación alguna, a más de que, tampoco se advierte que hubieren usufructuado ni posean los bienes que pretenden restituir los demandantes con la demanda de la referencia.

Indebida escogencia de la acción.

Alude la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. que el actor recurre a la acción que nos ocupa, a fin de evitar la acción ordinaria de reclamación de los derechos de propiedad, que eventualmente vendría a ser la contractual, por el presunto incumplimiento del contrato de cesión de activos de la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación, por tal motivo, estima que la acción popular, es improcedente.

Por su parte, la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación, esgrime que la acción popular es improcedente, en virtud de que versa sobre hechos que se suscitaron hace mucho tiempo; que los entes demandantes afirman ser propietarios de las redes y que se les adeudan dineros, pero no aportan los contratos o los convenios celebrados para esa época, además, considera que con la acción no se puede evitar un daño contingente, ni hacer cesar un peligro, amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos colectivos o siquiera, restituir las cosas al estado normal, pues ha transcurrido demasiado tiempo.

No obstante dichas argumentaciones, considera este Tribunal que acierta el fallador de primera instancia, cuando estima que lo solicitado con la demanda es una

indemnización por el uso que las empresas privadas demandadas vienen haciendo de una infraestructura eléctrica que aseguran, es de propiedad del Estado, por lo que, no hay lugar a declarar probada la excepción, dado que precisamente mediante la acción popular es dable verificar si hubo o no afectación al patrimonio público por el uso de la plurimencionada infraestructura eléctrica.

Temeridad de la acción, no vulneración de derechos colectivos y justo título, inexistencia de litisconsorcio necesario y falta de solidaridad.

En lo concerniente a estas excepciones, la Sala encuentra que dichos medios de defensa carecen de visos de prosperidad pues se constituyen como un medio de defensa tendiente a desvirtuar los argumentos expuestos por el extremo accionante. Es decir, se traducen en tópicos que rayan con el fondo de la cuestión litigiosa, es decir, no se constituyen como medios de excepción que busquen enervar la presentación de la acción, lo que significa, que deberán ser dilucidadas al momento de desatar el fondo de la cuestión litigiosa.

Caso concreto.

Descendiendo al quid del presente asunto, y una vez efectuado un análisis riguroso de las pruebas aportadas al proceso, en franco cotejo con los supuestos fácticos expuestos por las partes, logra observar la Sala que a folios 150 al 238 obra escritura pública No. 2636 adiada 4 de agosto de 1998, contentiva del acto de *“TRANSFERENCIA DE ACTIVOS DE ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. A ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.”*. sobre el cual se tiene que el extremo demandante, conformado por los municipios de CHIVOLO y PIVIJAY (MAGD.), eleva reproche en el sentido de afirmar que las empresas referidas amenazan o vulneran los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, toda vez que han usufructuado para transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica, utilizando las redes construidas e instaladas por los entes territoriales, con cargo a sus propios recursos y en sus respectivas jurisdicciones, motivo por el cual, consideran se les deben unos recursos en razón de conceptos por lucro cesante, e intereses corrientes y moratorios.

Pues bien, sea lo primero destacar que, de la escritura pública No. 2636 del 4 de agosto de 1998, en el capítulo 1: definiciones y objeto, en la cláusula 1.1: definiciones, se observa lo siguiente:

“CLAUSULA 1.1: DEFINICIONES.- Los términos utilizados en el texto del presente contrato que se incluyen con letra inicial en mayúscula tendrán el significado que se les asigna en esta cláusula. Los términos que denoten singular también incluyen el plural y viceversa. Siempre y cuando el contexto así lo requiera. Los términos que no estén expresamente definidos en el presente contrato se deberán entender en el sentido corriente y usual que ellos tienen en el lenguaje técnico correspondiente o en el natural obvio según el uso general de los mismos.

(...)

1.1.2 Activos o Activos Transferidos: son conjuntamente los inmuebles relacionados en los Anexos No. 2 y 4 del Contrato, los Muebles que se listan en el Anexo No. 3 del Contrato y aquellos de que trata la cláusula 7.2. y la totalidad de los derechos reales de servidumbre que aparecen relacionados en el Anexo No. 3 del Contrato.

1.1.3 Activos de Distribución: Son los bienes explotados comercialmente por la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., por la Electrificadora del Cesar S.A. ESP, por la Electrificadora de la Guajira S.A. E.S.P., por la Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P. y por la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica “CORELCA”, los cuales se encuentran listados en los anexos correspondientes a cada una de las escrituras de los contratos de transferencia de activos que celebrarán estas sociedades con ELECTROCARIBE y en la cláusula 7.2 de los contratos de transferencia de activos que estas sociedades están suscribiendo en la fecha con ELECTROCARIBE.

1.1.4 Acuerdo de Cesión de Contratos: Es el acuerdo de cesión de contratos celebrado entre ELECTROMAG y ELECTROCARIBE en la misma fecha de suscripción del presente contrato y que es accesorio al mismo.

Aunado a lo anterior, tiénese que la cláusula 1.2 del referido contrato, contiene el objeto del mismo, disponiendo en lo pertinente lo siguiente:

CLAUSULA 1.2 OBJETO.- Por medio del presente Contrato ELECTROMAG transfiere a ELECTROCARIBE, sujeto a la condición suspensiva indicada en la cláusula 6.1 (i) el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los inmuebles que se describen en el Anexo No. 2 del contrato, incluyendo, sin limitación, todos los bienes, anexidades, accesorios, dependencias, mejores y edificaciones que hagan parte de tales inmuebles, (ii) la posesión que ejerce sobre los inmuebles que se describen en el Anexo No. 4 del Contrato, incluyendo mejoras y edificaciones que hagan parte de tales inmuebles, (iii)= la totalidad de los derechos reales de servidumbre que aparecen relacionados en el Anexo No. 3 del Contrato, y (iv) el porcentaje objeto de compraventa y el porcentaje objeto de aporte en especie sobre el derecho de dominio y la posesión que tiene y ejerce sobre los muebles incluyendo, sin limitación, todos sus componentes, mejoras y anexidades, todo lo anterior según se indica en los capítulos 3 y 5.

De lo anterior se logra avistar con meridiana claridad, que los activos transferidos, son los inmuebles relacionados en los anexos No. 2 y 4 del contrato, los muebles enlistados en el anexo No. 3 y aquellos de que trata la cláusula 7.2, además la totalidad de los derechos reales de servidumbre que aparecen relacionados en el anexo No. 3 referido.

En este orden, debe resaltarse, que al analizarse el anexo No. 2 del “CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS ELECTROMAG – ELECTROCARIBE INMUEBLES DE PROPIEDAD DE ELECTROMAG” (fls.194 – 200 del cuaderno principal), se logra dilucidar que se relaciona una lista de cuatro inmuebles transferidos con las siguientes características:

Inmueble No. 1 – Lote de terreno ubicado en el Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra la Subestación de Río Córdoba.

Este lote hace parte de un lote de mayor extensión que lo adquirió la Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P., por compra que hizo a ALFREDO LOMANTO MORÁN, mediante Escritura Pública No. 326 de fecha 31 de mayo de 1995, otorgada en la Notaría Primera del Circulo de Santa Marta. D.E.

Inmueble No. 2 – Lote de terreno ubicado en el Municipio de Ciénaga, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la subestación de Ciénaga.

Este lote lo adquirió la Electrificadora de Magdalena S.A. E.S.P. por aporte en especie efectuado por CORELCA a nombre y por cuenta de la Nación y del Departamento del Magdalena, mediante Escritura Pública No. 930 de fecha primero de agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Círculo de Baranoa.

Inmueble No. 3 – Lote de terreno ubicado en el Municipio de Salamina, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la Subestación de Salamina.

Este lote lo adquirió la Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P. por aporte en especie efectuado por CORELCA a nombra y por cuenta de la Nación y del Departamento del Magdalena, mediante Escritura Publica No. 930 de fecha primero de agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Circulo de Baranoa.

Inmueble No. 4 – Lote de terreno ubicado en el Distrito Turístico y Cultural de Santa Marta, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la Subestación de Gaira.

Este lote lo adquirió la Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P. por aporte en especie efectuado por CORELCA a nombre y por cuenta de la Nación y del Departamento del Magdalena, mediante Escritura Pública No. 930 de fecha primero de agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Círculo de Baranoa.

De la lista referida, se puede constatar que ninguno de los inmuebles transferidos corresponde siquiera, a lotes ubicados en los municipios de CHIVOLO y PIVIJAY (MAGD.), a más de que, se encuentran debidamente descritas las formas en fueron adquiridos por la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A. E.S.P.

Por otro lado, sea pertinente entrar a revisar lo contenido en el Anexo No. 4 del “CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS ELECTROMAG – ELECTROCARIBE – INMUEBLES EN POSESIÓN DE ELECTROMAG”, en el cual se establece lo siguiente:

Inmueble No. 1 – Lote de terreno ubicado en el Municipio de Aracataca, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la actual Sede Administrativa de la Agencia de Aracata.

Este lote hace parte de un lote de mayor extensión que fue transferido por el Municipio de Aracataca a la Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P., a título de aporte en especie, según Escritura Pública de Constitución de la sociedad No. 480 del 12 de junio de 1958 de la Notaría Segunda de Santa Marta, sin embargo aún no se ha realizado la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos público.

Inmueble No. 2 – Lote de terreno ubicado en el Corregimiento de San Roque, Municipio del Banco, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la Subestación de Subtrasmisión San Felipe.

En enero de 1998 la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, en su calidad de ente ejecutor del Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica – PLANIEP, suscribió con José David López González un contrato de promesa de compraventa sobre el lote de terreno en que se encuentra ubicada la subestación, el cual se describe a continuación. Adicionalmente, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa, José David López González, entregó a CORELCA el mencionado lote para la construcción de una subestación, tal como consta en el acta de entrega del lote, debidamente firmada por las partes.

En tal contrato, CORELCA y José David López González, acordaron que el 10 de marzo de 1998 firmarían la escritura pública que protocolizaría la venta del inmueble. Sin embargo, a la fecha las partes no han celebrado la correspondiente escritura pública de venta. En consecuencia, con fecha primero de agosto de 1998, CORELCA, como ente ejecutor de PLANIEP, transfirió a Electromag el tiempo que hay venido poseyendo de manera quieta, pacífica e ininterrumpida, publica y material el inmueble donde se construyó la Subestación San Felipe, es decir, desde el 11 de marzo de 1998, según consta en la Escritura Publica No. 930 de fecha primero de agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Circulo de Baranoa.

Inmueble No. 3 Lote de terreno ubicado en el Corregimiento de los Negritos, Municipio del Banco, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la Subestación de Subtrasmisión Los Negritos.

En febrero de 1998, la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica CORELCA, en su calidad de ente ejecutor del Plan de Inversiones

Prioritarias de la Costa Atlántica – PLANIEP, suscribió con Marta Rangel Martínez un contrato de promesa de compraventa sobre el lote de terreno en que se encuentra ubicada la subestación, el cual se describe a continuación. Adicionalmente, el 18 de febrero de 1998, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa, Marta Rangel Martínez entregó a CORELCA el mencionado lote para la construcción de una subestación, tal como consta en el acta de entrega del lote, debidamente firmada por las partes.

En tal contrato, CORELCA y Marta Rangel Martínez acordaron que el 10 de marzo de 1998 firmarían la escritura pública que protocolizaría la venta del inmueble. Sin embargo, a la fecha las partes no han celebrado la correspondiente escritura pública de venta. En consecuencia, con fecha Primero de Agosto de 1998, CORELCA, como ente ejecutor de PLANIEP, transfirió a Electromag el tiempo que ha venido poseyendo de manera quieta, pacífica e ininterrumpida, pública y material el inmueble donde se construyó la Subestación Los Negritos, es decir, desde el 11 de marzo de 1998, según consta en la Escritura Publica No. 930 de fecha primero de agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Circuito de Baranoa.

Inmueble No. 4 – Lote de terreno ubicado en el Corregimiento de Gaira, Distrito Turístico y Cultural de Santa Marta, Departamento de Magdalena. Este predio sirve de acceso a la Subestación Gaira.

El 12 de febrero de 1997, la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA, en su calidad de ente ejecutor del Plan de Inversiones Prioritarias de la Costa Atlántica – PLANIEP, suscribió con Pedro Manuel Hernández Guillot un contrato de promesa de compraventa sobre el lote que se describe a continuación. Adicionalmente, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula sexta del contrato de promesa de compraventa, Pedro Manuel Hernández Guillot entregó a CORELCA el mencionado lote, tal como consta en el acta de entrega, debidamente firmada por las partes.

En tal contrato CORELCA y Pedro Manuel Hernández Guillot acordaron que el 10 de diciembre de 1997 firmarían la escritura pública que protocolizaría la venta del inmueble. Sin embargo, a la fecha las partes no han celebrado la correspondiente escritura pública de venta. En consecuencia, con fecha primero de agosto de 1998, CORELCA, ha venido poseyendo de manera quieta, pacífica e ininterrumpida, pública y material el mencionado inmueble, es

decir, desde el 11 de diciembre de 1997, según consta en la Escritura Publica No. 930 de fecha Primero de Agosto de 1998 otorgada en la Notaría Única del Circulo de Baranoa.

(...)

Inmuebles sobre los cuales Electromag ejerce posesión para protocolización.

Inmueble No. 1 – Lote de terreno ubicado en el Distrito Turístico y Cultural de Santa Marta, Departamento del Magdalena. En este predio se encuentra ubicada la Subestación Aeropuerto.

La Electrificadora del Magdalena S.A. E.S.P., posee desde 1990, de manera regular, pacífica e ininterrumpida, pública y material el lote de terreno de la Subestación Aeropuerto, pues en virtud de un Acta de Compromiso de fecha 9 de octubre de 1990, suscrita entre el Gerente de Electromag de esa época, Dr. Mario Botero Forero y el propietario del lote. Dr. Miguel Escaff Jaller, se acordó que éste último donaría un lote de terreno en el cual Electromag construiría una subestación.

En el mismo orden de ideas, se puede concluir con lo previamente enlistado en el Anexo no. 4, que ninguna de las transferencias efectuadas a través del mentado anexo del contrato suscrito entre la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación, corresponde a inmuebles que estén ubicados, al menos, en los territorios de los entes territoriales de CHIVOLO y PIVIJAY (MAGD.).

Asimismo, y no siendo menos importante, se advierte que con el Anexo No: 3 del “CONTRATO DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS ELECTROMAG – ELECTROCARIBE – MUEBLES DE PROPIEDAD DE ELECTROMAG” (fls.219-232), se efectuó una transferencia con las siguientes precisiones:

Subestación Pivijay

<i>Relación de Transformación (KV)</i>	<i>Capacidad de Transformación (MVA)</i>	<i>Año de entrada</i>
34.5/13.8.	4	1981

El inmueble donde se encuentra ubicada la subestación Pivijay, será transferido por CORELCA a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

Igualmente, en el mismo anexo, se detalló una relación de las líneas de 110KV, entre las que no incluyeron las de los municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD.) (fls.227-232).

Por último, sobre los bienes transferidos, sea dable acotar que la cláusula 7.2 del plurimencionado contrato, hace referencia a la entrega de ciertos muebles, es decir (fl.177) *"la entrega real y material de los muebles que no están destinados propiamente a la distribución de energía tales como (i) muebles, equipos, útiles, enseres y bienes de ornato de oficina (excepto papelería y bienes de promoción y publicidad que lleven los emblemas, enseññas, logos o nombre comercial de ELECTROMAG (ii) equipos de cómputo de toda clase incluyendo sus periféricos, (iii) soporte logístico para computadores incluyendo los hechos a la medida (iv) cartografía (v) base de datos, (vi) información comercial sobre usuarios no regulados, (vii) reportes de mantenimiento de líneas de distribución y subestaciones y estudios elaborados tanto para el mantenimiento de estadísticas, como para el mejoramiento del servicio, (viii) reportes de reclamos de toda clase de usuarios y estudios elaborados tanto para el mantenimiento de estadísticas como para el mejoramiento del servicio (lo anterior no implica que ELECTRICARIBE asuma la carga económica alguna derivada de reclamaciones presentadas a ELECTROMAG), (ix) reportes sobre pérdidas técnicas y negras de energía y estudios elaborados tanto para el mantenimiento de estadísticas como para la reducción de pérdidas, (x) reportes sobre las inversiones en curso, (xi) estudios de los proyectos ejecutados, en ejecución, en estudio y desechados, (xi) plantas eléctricas de respaldo, (xiii) plantas telefónicas, (xiv) solicitudes en curso de compra o venta de energía, (xv) estudios de mercado, (xvi) memorias, actas, reportes de interventoría y correspondencia de los contratos que se ceden y (xvii) todo lo demás que ELECTROMAG posea y que se relacione con la operación de los activos y la prestación del servicio, también se ha efectuado en la misma fecha de esta escritura, en el estado en que se encuentra y donde están (...)"*

Esto quiere decir, que la cláusula en mención no hace alusión a alguno de los muebles referenciados por los extremos demandantes, que a su juicio son los relativos a las redes eléctricas que han sido usufructuadas por las electrificadoras

demandadas, sin que se les hubiere participado de los renditos que, a su criterio, les corresponde.

Ahora bien, debe precisarse que de todos los anexos que acompañan el contrato de transferencia de activos entre la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE “ELECTRICARIBE” S.A. E.S.P., contrario sensu a lo expuesto con la demanda, sólo se hace referencia, de entre los extremos demandantes, a una subestación eléctrica ubicada en el municipio de PIVIJAY, tal como se expuso en líneas anteriores.

En principio, podría inferirse que la ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación efectuó una transferencia sobre una subestación eléctrica que no es de su propiedad, sin embargo, a folio 954 del cuaderno principal, aflora certificado de liberación y tradición sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 222-1586 con el cual se logra constatar que la subestación respectiva nunca fue de la propiedad del ente territorial, y que, a través de escritura 3930 del 28 de diciembre de 2011 en la Notaría No. 45 de Bogotá, se incluyó anotación No. 4, concerniente a la compraventa efectuada entre la CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. –CORELCA S.A. E.S.P.- y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. –ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. circunstancia que permite colegir de manera indefectible, que la única transferencia aludida sobre bienes ubicados en los territorios de los extremos demandantes, fue a todas luces legal.

Corolario de lo anterior, se puede concluir sin lugar a dudas que las transferencias efectuadas a través del contrato de “TRANSFERENCIA DE ACTIVOS DE ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. A ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.”, en ninguna manera, conculcan las garantías colectivas y constitucionales invocadas con el libelo demandatorio de la referencia, estas son, la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Dicho esto, lo que en realidad se denota, es una inconformidad por parte de los entes territoriales de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD), sobre la no participación en el usufructo relativo a la prestación del servicio de energía eléctrica de sus territorios. Sin embargo, debe clarificarse que tal circunstancia, en ninguna forma –se reitera– puede confundirse con el contrato de transferencia entre ELECTRIFICADORA DEL MAGDALENA “ELECTROMAG” S.A. en liquidación y la ELECTRIFICADORA DEL

CARIBE "ELECTRICARIBE" S.A. E.S.P., pues a más de que no incluye ninguno de sus bienes, lo cierto es que, dicho tópico, viene a ser del resorte del contrato de prestación de servicio de distribución de energía que se le hubiere otorgado a las electrificadoras, sobre el cual, no se poseen detalles, habida cuenta de no haber sido aportado al plenario por el demandante, debiéndose decir entonces que no podría efectuarse un estudio de fondo, en tal sentido. Y es que, aún en gracia de discusión, si se pudiere acreditar que se incluyó alguna de las redes eléctricas en el contrato de transferencias, que aluden los municipios demandantes son de su propiedad, no se podría colegir per sé, que las electrificadoras excedieron sus facultades, por cuanto la transmisión de los activos, se dio en el estado en el que se encontraban los muebles e inmuebles, es decir, reconociendo en algunos casos, que no se ostentaba su propiedad, lo anterior, por su puesto, en aras de hacer entrega y detallar todos los elementos (propios o no) con las cuales se estaba prestando el servicio de energía.

Conexo con lo previo, sea pertinente poner de presente, que las redes eléctricas que alude el extremo activo de la litis, son bienes fiscales, lo que implica una potestad por parte del Estado, similar a la que ostentan los particulares, es decir, puede disponer de la cosa con cierta libertad. Al respecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 2013, con ponencia de la Dra. Stella Conto Diaz del Castillo, dentro del proceso de acción popular radicado con el No. AP-760012331000200502130 01, expuso:

A pesar de la existencia de alguna similitud entre los bienes de uso público y los fiscales o patrimoniales, como, por ejemplo, su afectación al desarrollo de los principios y fines del Estado, se destacan dos características que los diferencian: la forma como se ejerce el dominio y la utilización por parte de la comunidad.

*Con relación al dominio, en los bienes de uso público el Estado protege, vigila y reglamenta su uso y no pueden constituirse sobre ellos actos jurídicos que impliquen la limitación a su uso y disfrute por parte de los ciudadanos, como su venta o arrendamiento. **Por el contrario, con los bienes patrimoniales o fiscales, el Estado tiene una propiedad similar a la que ostentan los particulares, es decir, cuenta con todas las características de un derecho real: su titular puede usar la cosa, percibir sus frutos y disponer de la misma.***

Respecto a la utilización o al uso por parte de la comunidad, los bienes de uso público cuentan con una destinación común, su finalidad principal es que los ciudadanos puedan usarlos, en tanto los bienes conserven esa calidad. La utilización de los bienes fiscales es generalmente excluyente y no involucra a la comunidad. En ellos, el Estado procura el desarrollo de sus funciones y la prestación de los servicios públicos (oficinas públicas, instalaciones militares, juzgados, cárceles, etc.). A pesar de ser reservados o excluyentes, en ocasiones su finalidad puede significar a que la comunidad los utilice, sin que ello implique una mutación en su naturaleza de bien fiscal.

Esto resulta relevante, por cuanto las redes eléctricas, se constituyen como bienes fiscales, en razón a que son elementos que se utilizan para la prestación de un servicio público. En este orden, el Máximo Jefe de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 22 de febrero de 2001 con ponencia del Dr. Alier Hernández, dentro del expediente No. 18.503, destacó:

Los postes y redes de alumbrado público son bienes fiscales porque son elementos para la presentación de un servicio público, en ningún momento, el alumbrado público se circunscribe únicamente a los bienes de uso público, tal alumbrado puede atravesar bienes fiscales o privados, aspecto que desvirtúa la presunción de que la red de alumbrado público sea solo un bien de uso público por las características de los bienes que atraviesa.

(...)

Entonces, podemos manifestar que la red de alumbrado público, la utiliza la administración para la prestación del servicio de alumbrado, razón por la cual se estaría hablando de un bien fiscal.

(...)

Razón por la cual, las redes de alumbrado público, son utilizadas para la prestación de un servicio público, más su uso no pertenece a todos los habitantes, ya que el Estado posee dichas redes y las ha administrado conforme lo hace un particular. A su vez, existe una especial característica en los bienes de uso público.

En tal virtud, se tiene entonces que la controversia sobre el usufructo por el cual, a su criterio los municipios de PIVIJAY y CHIVOLO (MAGD.) han dejado de percibir y sobre los cuales afirman tiene derecho, sólo puede ser dilucidada en el escenario de la acción contractual donde podrá determinarse si en el contrato de prestación del servicio de energía eléctrica suscrito con las electrificadoras demandadas, los entes territoriales, haciendo uso de su facultad de disposición de los bienes fiscales, cedieron o no, su derecho de participación de las ganancias, a fin de prestar el servicio de energía eléctrica en sus territorios en forma óptima, lo anterior, resaltando a su vez que lo argumentado por el extremo activo, en el fondo, más que la protección de un interés colectivo, se reduce a una intención de protección de derechos de carácter meramente subjetivos.

Así las cosas, para la Sala no existe vacilación alguna de que en el asunto sub-exámene, debe proferirse decisión en el sentido de CONFIRMAR la sentencia fechada 29 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, comoquiera que han de denegarse las súplicas de la demanda, empero, no bajo sus consideraciones, sino las expuestas en el presente proveído, tal como en efecto se hará constar más adelante en la parte resolutive del presente proveído.

6. Decisión.

En mérito de las consideraciones expuestas el Tribunal Administrativo del Magdalena administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

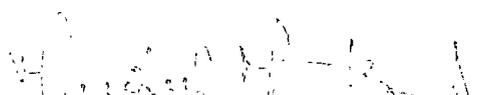
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En firme esta decisión, envíese el expediente al Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta para lo pertinente a su cargo.

Demandante : Municipio de Pivijay y Municipio de Chibolo
Demandados: Electrificadora del Magdalena – Electricaribe S.A E.S.P.
Radicación : 47-001-23-31-001-2004-2128-2004
47-001- 23-31-001-2004-02250-00 (Acumulados).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada


MARIBEL MENDOZA JIMENEZ
Magistrado


MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada