

**CONTROL FISCAL - Reglamento de la gestión fiscal en empresas privadas que administren recursos provenientes de la prestación del servicio de aseo / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DE ASEO - Los ingresos originados en la prestación del servicio son fondos públicos / FONDOS PUBLICOS - Para efectos de control fiscal lo son los recibidos por los particulares en virtud de concesión / SUJETOS DEL CONTROL FISCAL - Lo son los particulares que manejen fondos o bienes públicos**

En el presente caso, la Sala no tiene duda de que los bienes o recursos originados en la prestación del servicio público de aseo, mientras no ingresen por concepto de remuneración a un particular por sus actividades relacionadas con tales servicios, son fondos públicos del Distrito Capital, así como que quien los administre realiza gestión de dichos fondos, en razón de que se trata de servicios públicos cuya prestación está en cabeza de esa entidad territorial, sin perjuicio de que para ello utilice el concurso de los particulares, que para el efecto se da mediante el contrato de concesión aludido en el plenario, por tanto, los ingresos recibidos vienen a constituir el medio por el cual el Estado, en este caso, el Distrito Capital, efectúa la remuneración a dichos particulares, de suerte que, mientras no se realice el pago, los dineros que se reciban de los usuarios para tal fin son fondos públicos. En ese sentido, la resolución se encuadra en el objeto del control fiscal señalado en el citado artículo 267 de la Constitución Política, en la medida en que lo define como “una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República (léase en este caso Contraloría de Bogotá D.C.), la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (léase fondos del Distrito Capital)”. Otro tanto dispone el artículo 2 de la Ley 42 de 1993. Además, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Segunda, de 10 de marzo de 1999, en proceso de acción de cumplimiento, Radicación núm. ACU-615, a propósito del tema, manifestó que “En la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del Estado, entregado en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control. En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la Ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente está sometida”.

**CONTROL FISCAL - Manejo de recursos o bienes públicos como hecho generador del control fiscal / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Sujetos de control fiscal al facturar y recaudar recursos por prestación del servicio de aseo**

Por consiguiente, no se configura la falsa motivación que aduce la accionante, ni la violación de las normas superiores invocadas como violadas, lo cual hace que los cargos no tengan vocación de prosperar, toda vez que, como ella misma lo dice, el hecho generador del citado control es el manejo de recursos o bienes públicos, lo cual se da en el caso de las empresas que tengan como objeto social la gestión comercial y financiera de los recursos provenientes de la facturación, recaudo, administración, distribución y demás conceptos económicos inherentes a la prestación del servicio público de recolección, barrido, limpieza y disposición final de residuos sólidos convencionales y patógenos en Bogotá D.C.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: **MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de noviembre del dos mil uno (2001)

**Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0377-01(6618)**

**Actor: EMPRESA COMERCIAL DEL SERVICIO DE ASEO - ECSA LTDA.**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA**

La Sala decide el recurso de apelación que interpone la parte demandante contra la sentencia de 21 de julio de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual deniega las pretensiones de la demanda.

#### I.- ANTECEDENTES

##### I.1. La demanda

La sociedad actora, en uso de la acción instituida en el artículo 84 del C.C.A. y mediante apoderado, pide que se decrete la nulidad de la Resolución núm. 009 de 9 de abril de 1999, de la **Contraloría de Bogotá D.C.**, por la cual se establece el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las empresas privadas que administren recursos provenientes de la prestación del servicio público de aseo.

Se señalan como violados los artículos 35 del C.C.A., 2 de la Ley 42 de 1993 y 267 de la Constitución Nacional, por razones que en resumen son:

El artículo 35 del C.C.A. fue infringido porque en los considerandos de la resolución demandada no se constató si **ECSA** maneja o no recursos del Estado, sino que simplemente se limitó a enunciar la normatividad que da origen a un control fiscal, sin que se probara la relación existente entre tal normatividad y la actividad que desarrolla **ECSA**. No se expresaron entonces todos los motivos que debió explicar la **Contraloría Distrital** para tomar tal decisión.

Los artículos 267 de la Constitución y 2 de la Ley 42 de 1993 han sido violados por cuanto, además, los motivos invocados en la resolución no son ciertos, ya que **ECSA** no maneja bienes y recursos públicos, para que se justifique el control fiscal sobre personas privadas, con lo cual se configura una falsa motivación, bajo

la modalidad de incongruencia de los motivos. El hecho generador del citado control es el manejo de recursos o bienes públicos. En el caso de **ECSA**, que tiene como objeto social realizar la gestión financiera y comercial de la facturación, cobro y recaudo de las tarifas a los usuarios del servicio, y para cuyo control en particular fue que se expidió dicha resolución, no administra, maneja, custodia, recauda, conserva, enajena, dispone ni invierte recursos del Distrito Capital o de cualquier organismo estatal o gubernamental, y mucho menos existe participación directa del Distrito Capital en la conformación de su capital social, ni **ECSA** es partícipe de acciones en otras sociedades de servicios públicos, por lo cual, las mencionadas normas no pueden ser aplicadas a ésta, de donde las viola por aplicación indebida.

## **I.2. La contestación de la demanda**

La **Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D. C.**, mediante apoderado, en su respuesta a la demanda hace mención detallada de los antecedentes jurídicos y administrativos del acto acusado y manifiesta, en síntesis, que según los artículos 267 de la Constitución Política, 2, 3 y 7 de la Ley 42 de 1993, las contralorías tienen competencia para ejercer control fiscal en relación con todas las personas que manejen bienes o fondos de la Nación, de modo que el hecho determinante de dicho control es que la persona o entidad haya recibido bienes o fondos de la Nación (o en este caso del Distrito) y que le corresponda su manejo de acuerdo con sus funciones, independientemente de su naturaleza pública o privada.

Advierte que en el presente caso se debe tener en cuenta que la remuneración reconocida a los concesionarios del servicio de barrido, recolección, disposición de residuos sólidos, de cementerios, hornos crematorios, plazas de mercado y galerías comerciales, proviene de los pagos hechos por los beneficiarios del respectivo servicio; y que la prestación del servicio y la definición de las tarifas están a cargo de la **Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá**, de allí que las sumas recaudadas por tales conceptos adquieren el carácter de recursos públicos, el cual no desaparece por el hecho de que su administración se traslade a un particular que se rige por el derecho privado, como es la situación de la actora. Al punto, cita la sentencia C-167 de la Corte Constitucional de 20 de abril de 1995, de la cual fue ponente el Magistrado doctor **Fabio Morón Díaz**.

En consecuencia, pide que se denieguen las pretensiones de la demanda.

## **II.- LA SENTENCIA RECURRIDA**

El a quo estimó que era necesario precisar previamente el concepto de “manejo de recursos o bienes del Estado”, a fin de definir si la prestación del servicio de aseo, a través de concesionarios, y el manejo de su área comercial, tienen implícito este concepto y, por ende, la sujeción al control fiscal. Sobre el particular advierte que contrario a lo afirmado en la demanda, **ECSA** es una empresa de servicio público, que mediante contrato de mandato sin representación, celebrado con el consorcio **CORPOASEO**, a su vez concesionario del Distrito para la recolección domiciliaria de basuras, el barrido y limpieza de vías y áreas públicas, realiza para éste la gestión comercial de facturación, cobro y recaudo de las tarifas y demás conceptos inherentes a la prestación del servicio público de aseo, actividades que hacen parte de la naturaleza de dicho servicio, razón por la cual no pueden catalogarse como complementarias y como no definidas como aquéllas por el legislador. Al efecto cita

los artículos 10 y 22 de la Ley 142 de 1994, en cuanto autoriza la prestación de servicios públicos por particulares y comunidades organizadas; 25, 26 y 40 ibídem, que dejan vigentes los contratos de concesión.

Agrega que el ejercicio de las facultades que tiene el Distrito para celebrar contratos de concesión para el servicio domiciliario de aseo por zonificación, no restringe el control fiscal a cargo de la Contraloría Distrital; que el citado contrato de mandato y el de concesión “configuran contratos estatales, cuyo referente normativo es la Ley 80 de 1.993 en cuyo artículo 65 se prevé la intervención de las autoridades de control fiscal una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, por lo que constituye una empresa prestadora de servicio público, bajo la modalidad de la contratación estatal” (folio 459 cuaderno principal).

Si bien es cierto que la ley determina que dicho control se ejerce sobre la administración y sobre los particulares que administran o manejan bienes del Estado, por la aparición de nuevas modalidades de entidades como las empresas de servicios públicos domiciliarios, se ha considerado equivocadamente que estos organismos se sustraen al control fiscal, por su naturaleza privada o por someterse al derecho privado. La Constitución no excepciona a ninguna forma de organización respecto de dicho control. La Ley 489 de 1998, al determinar que los particulares pueden ejercer funciones administrativas, permite el control fiscal sobre los mismos, pues en ejercicio de tales funciones pueden afectar bienes o rentas del Estado.

Concluye que **ECSA**, como empresa prestadora del servicio público a través del contrato de concesión, se encuentra sujeta al control fiscal previsto en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 y 50 de la Ley 142 de 1994 y que corresponde al Contralor Distrital establecer los procedimientos por los cuales habrá de regirse el ejercicio de este control, que recae sobre los contratos que versen sobre las gestiones del Distrito en su calidad de contratante, por tanto, sobre la documentación que soporte los contratos de concesión y mandato celebrados para operar el servicio público, tal como lo autoriza expresamente el artículo 65 precitado.

Infirió entonces que no se violaron las normas superiores invocadas como violadas ni hubo falsa motivación en la expedición del acto acusado y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

### III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

III. 1. El apoderado de la actora, tanto en la sustentación del recurso como en los alegatos de conclusión, tiene como argumentos centrales los siguientes:

El Tribunal se contradice al determinar que el control fiscal de las empresas comerciales del servicio de aseo se debe ejercer sobre los contratos de concesión para prestar dicho servicio y a la vez sobre estas empresas por ser prestadoras de servicio público y manejar recursos del Estado, siendo que los motivos para ejercer el control fiscal sobre las empresas que manejen recursos del Estado son totalmente diferentes a los motivos para ejercerlo sobre un contrato del Estado con una persona privada, en la cual aquél no es socio, ni ha hecho aporte alguno. En ello el Tribunal se aparta completamente de la motivación expuesta en el acto acusado, en donde al efecto se invocan los artículos 2, 8 y 50 de la Ley 42 de 1993 y, en cambio, aquél se basa en el artículo 65 de la Ley 80.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1º de la Resolución núm. 009 de 9 abril de 1999, el objeto y la motivación de la misma es **ECSA** y todas las empresas comerciales del servicio de aseo que manejan recursos o bienes del Distrito; motivación que no fue seria, adecuada y suficiente para decidir un control particular sobre **ECSA**. Es entonces el supuesto manejo de bienes del Distrito Capital por parte de éstas, el motivo del control, y no como lo interpreta el Tribunal, que lo radica en los aludidos contratos de concesión, lo cual viene a constituir el problema a resolver en el presente asunto.

No es cierto que el Distrito sea el prestador exclusivo del servicio de aseo, ni que los dineros recaudados por el servicio de aseo pertenecen al Distrito, como lo pretende la **Contraloría Distrital**, por cuanto la prestación de este servicio está a cargo de los concesionarios por su cuenta y riesgo y, por consiguiente, tales dineros no son tasas, sino dineros privados pertenecientes a éstos.

Insiste en que **ECSA** no maneja recursos del Distrito, por cuanto el dinero recaudado por el servicio no corresponde a tasas, según las leyes 14 de 1983 y 142 de 1994, así como la reglamentación expedida por la **Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico**, ni a ningún otro concepto fiscal, sino a la remuneración de quienes los prestan; ni **ECSA** presta dicho servicio, ni cumple función administrativa, ya que su objeto social es la gestión financiera del mismo.

Alega que las normas del Decreto 1421 no son aplicables a los servicios públicos en el Distrito Capital, debido a la existencia de un régimen especial sobre los mismos, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994; que suponiendo que la base de datos relativa al servicio sea del Distrito, el control fiscal recaería sobre el contrato de concesión; y que la transferencia que de los mismos debe hacerle al **DAMA** es un hecho futuro y eventual por cuanto depende de que haya excedente al cierre de cuenta en la finalización del contrato de concesión, es decir, en octubre de 2001 y, en tal caso, el control recaería sobre el contrato de concesión.

Finalmente, reitera las razones expuestas en la demanda para que se deba anular la resolución atacada.

III. 2. De los alegatos de conclusión de la **Contraloría del Distrito Capital** se destacan los siguientes:

El elemento que determina si una persona está o no sujeta al control fiscal es el hecho de que haya recibido bienes o fondos de la Nación (en este caso del Distrito) y que de acuerdo con sus funciones le corresponda su manejo, según lo señalan los artículos 267 de la Constitución Política y 2, 3, 7 y 83 de la Ley 42 de 1993, reconocido así por la Corte Constitucional, en sentencia C-167 de 1995, de modo que ningún sujeto, independiente de su naturaleza jurídica, está exento de control fiscal si ejerce gestión fiscal.

La **Contraloría de Bogotá** no ha intentado ejercer control fiscal frente a la **ECSA** por el simple hecho de que se trate de una empresa prestadora de servicios públicos, como se insinúa en el recurso, sino por tener a cargo el recaudo de los valores cobrados por concepto del servicio de aseo, del cual es responsable el **Alcalde Mayor**, así como su liquidación y distribución a cada uno de los concesionarios, circunstancia que hace procedente el control fiscal en los términos de la Constitución, las leyes 142 de 1993, 80 de 1993, 142 de 1994, 610 de 2000

y demás normas vigentes, el cual cobija los pagos que se realicen con cargo a los contratos estatales, y si para efectos de su liquidación, recaudo, distribución y administración se contrata con un particular, también ha de ejercerse respecto de éste.

Al respecto advierte que en el contrato de concesión, como en cualquier contrato estatal, la remuneración debe provenir de recursos del presupuesto del respectivo ente territorial, que en este caso es atendido con los recaudos de las tarifas establecidas por el Distrito, los cuales, independientemente de su denominación (tasa, precio, etc.) son recursos públicos hasta que no sea liquidada y entregada la parte que le corresponde a cada concesionario a título de remuneración, debido a que, en primer lugar, según el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la remuneración del contratista en dicho contrato puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, entre otras formas; en segundo lugar, la prestación de dicho servicio se encuentra a cargo del Distrito, tal como lo dispuso el Acuerdo 41 de 1993, y, por último, las tarifas del servicio público de aseo en el Distrito Capital corresponden a una tasa, atendiendo la definición que de este concepto ha expuesto la Corte Constitucional (sentencias C-545 de 1994 y C-465 de 1993), toda vez que el respectivo pago tiene como fin la recuperación de los costos en que se ha incurrido para la prestación del servicio, y que en los contratos de concesión comentados se estableció que la remuneración de los contratistas correspondería a un porcentaje de los recaudos de las tarifas de acuerdo con la zona en la que se desarrollarse la labor, en cumplimiento de los artículos 7 y 8 del Acuerdo 41 de 1993.

Concluye que es absolutamente claro que **ECSA** sí tiene a su cargo el manejo de recursos públicos y que en desarrollo de esa función debe reportar información no sólo a la **Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos - UESP**, que tiene a su cargo garantizar la debida prestación del servicio público de aseo en la ciudad, sino también a la **Contraloría de Bogotá**, en la forma y términos establecidos en la resolución acusada, expedida en uso de las facultades del **Contralor Distrital**.

Finalmente, aclara que la alusión que en dicha resolución se hace a **ECSA** es genérica, pues en los contratos de concesión claramente se hizo mención de una empresa comercializadora del servicio de aseo, denominación que posteriormente adoptaría la demandante; por lo tanto la **Contraloría** no tenía el deber de vincularla a la adopción del citado acto administrativo, pues la ley no obliga a un trámite específico para expedir los actos generales, luego no es cierto que la **Contraloría** debía sujetarse al artículo 35 del C.C.A.

Por todo lo anterior solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

III. 3. El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

#### IV.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

#### CONSIDERACIONES

#### **IV. 1ª. El acto demandado**

La Resolución núm. 009 de 9 de abril de 1999 fue expedida por la **Contraloría de Bogotá D.C.**, con el objeto de establecer el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las empresas privadas que administren recursos provenientes de la prestación del servicio público de aseo, invocando al efecto sus atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, en especial las conferidas en los artículos 268 y 272 de la Constitución Política, en la Ley 42 de 1993, en el Decreto 1421 de 1993, en el Acuerdo 16 de 1993 y en la Ley 142 de 1994.

Si bien el artículo 1º, al definir el objeto y campo de su aplicación, dice que se aplicará a la **Empresa Comercial de Servicio de Aseo Ltda. - ECSA Ltda.**, constituye un acto administrativo general, ya que como el mismo artículo señala, es aplicable “a cualquier otra empresa que se cree para tal fin, en lo referente a la gestión comercial y financiera de los recursos provenientes de la facturación, recaudo, administración, distribución, y demás conceptos económicos inherentes a la prestación del servicio público de recolección, barrido, limpieza y disposición final de residuos sólidos convencionales y patógenos en Santa Fe Bogotá, D.C.”.

Dado entonces el objeto y contenido de la resolución, la mención específica a la actora es irrelevante respecto del carácter de la misma, lo cual no pasa de ser un simple error de técnica normativa, puesto que, como antes se enunció, es aplicable a cualquier empresa que desarrolle las actividades allí mencionadas, y si la actora las desarrolla, queda cobijada por ella, esté o no aludida en la misma.

#### **IV. 2ª. Examen de los otros cargos**

Precisado lo anterior, la Sala observa lo siguiente:

IV.2.1. En cuanto a la pretendida violación del artículo 35 del C.C.A., por no haberse constatado en los considerandos de la resolución demandada el hecho de si **ECSA** maneja o no recursos del Estado, sino que se limitó a enunciar la normatividad que da origen al control fiscal, cabe decir que no es posible que se configure dicha violación, toda vez que el artículo citado está dirigido a los actos administrativos particulares que ponen fin a una actuación administrativa, situación que no es la del presente caso, puesto que, como se dijo, el acto acusado es un acto administrativo general y como tal resulta irrelevante toda mención o consideración específica de la actora, ya que ello era innecesario para su expedición.

Las circunstancias concretas de la actora adquieren interés o relevancia cuando se trate de la aplicación efectiva a ella de la cuestionada resolución.

Además, para justificar o fundamentar el reglamento impugnado era suficiente con enunciar o invocar los fundamentos jurídicos para su expedición y la necesidad práctica de ello, como en efecto se hizo de manera detallada en la parte considerativa de la resolución.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

IV.2.2. En cuanto a los artículos 267 de la Constitución y 2 de la Ley 42 de 1993, que se consideran violados bajo el argumento de que los motivos invocados en la resolución no son ciertos, ya que **ECSA** no maneja bienes y recursos públicos, ha de ponerse de presente que el objeto de la resolución acusada es la vigilancia de la gestión fiscal en las empresas privadas que administren recursos provenientes de la prestación del servicio público de aseo.

En el presente caso, la Sala no tiene duda de que los bienes o recursos originados en la prestación del servicio público de aseo, mientras no ingresen por concepto de remuneración a un particular por sus actividades relacionadas con tales servicios, son fondos públicos del Distrito Capital, así como que quien los administre realiza gestión de dichos fondos, en razón de que se trata de servicios públicos cuya prestación está en cabeza de esa entidad territorial, sin perjuicio de que para ello utilice el concurso de los particulares, que para el efecto se da mediante el contrato de concesión aludido en el plenario, por tanto, los ingresos recibidos vienen a constituir el medio por el cual el Estado, en este caso, el Distrito Capital, efectúa la remuneración a dichos particulares, de suerte que, mientras no se realice el pago, los dineros que se reciban de los usuarios para tal fin son fondos públicos.

En ese sentido, la resolución se encuadra en el objeto del control fiscal señalado en el citado artículo 267 de la Constitución Política, en la medida en que lo define como “una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República (léase en este caso **Contraloría de Bogotá D.C.**), la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (léase fondos del Distrito Capital)”. Otro tanto dispone el artículo 2 de la Ley 42 de 1993.

Además, el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Segunda, de 10 de marzo de 1999, en proceso de acción de cumplimiento, Radicación núm. ACU-615, a propósito del tema, manifestó que “En la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del Estado, entregado en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control. En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la Ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente está sometida”.

Por consiguiente, no se configura la falsa motivación que aduce la accionante, ni la violación de las normas superiores invocadas como violadas, lo cual hace que los cargos no tengan vocación de prosperar, toda vez que, como ella misma lo dice, el hecho generador del citado control es el manejo de recursos o bienes públicos, lo cual se da en el caso de las empresas que tengan como objeto social la gestión comercial y financiera de los recursos provenientes de la facturación, recaudo, administración, distribución y demás conceptos económicos inherentes a la prestación del servicio público de recolección, barrido, limpieza y disposición final de residuos sólidos convencionales y patógenos en Bogotá D.C.

Se colige de las anteriores consideraciones que los cargos no prosperan y que la sentencia recurrida ha de ser confirmada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 29 de noviembre del 2001.

**OLGA INES NAVARRETE BARRERO**  
Presidenta

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**GABRIEL E. MENDOZA MARTELO**

**MANUEL S. URUETA AYOLA**