

FUNCION PUBLICA - Finalidad / FUNCION PUBLICA - Principios Mínimos / FUNCION PUBLICA EJERCIDA POR PARTICULAR - Regulación Constitucional

La función pública, implica un conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y de asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige que ella se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, cuya aplicación permite asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, así como generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad. En la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea confiado a particulares. El país asiste de manera clara a una reducción vertiginosa del papel del Estado en la vida económica, razón por la cual su intervención en la prestación de los servicios públicos se ha debilitado y dentro del actual esquema, la prestación por entes públicos se efectúa de manera supletoria en aquellos municipios en los que la iniciativa privada no se muestra interesada, vale decir, en los que los índices de rentabilidad no son lo suficientemente halagadores para el capital privado. Tal la explicación de la ola de privatizaciones en materia de servicios públicos, particularmente los domiciliarios, política que corresponde a una variación sustancial del modelo económico, la que a su vez refleja la crisis del Estado intervencionista, el cual a pesar de todo, mantiene presencia en la preceptiva constitucional.

SERVICIOS PUBLICOS - Clases / SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA - Servicio Público Esencial

El concepto de servicio público comprende diversos tipos, en forma tal que es posible distinguir entre servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios. A la luz del artículo 5 de la Ley 143 de 1994 "La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública". A esta categoría corresponde el servicio de energía que presta CODENSA.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios puede consultarse la sentencia T - 638 de 1998. Respecto de la responsabilidad disciplinaria de la responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos puede consultarse la sentencia C - 066 de 1997. Sobre el control por parte del Estado la sentencia C - 374 de 1995 y sobre el control fiscal la sentencia C - 167 de 1995 todas de la Corte Constitucional.

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Interés General / CONTROL FISCAL A EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Procedencia / ACCION DE CUMPLIMIENTO - Sujeto Pasivo

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. De esta manera no están llamados a prosperar los argumentos con los cuales CODENSA S.A. E.S.P. pretende sustraerse al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, expedida por el Contralor Distrital; pues a pesar de ser una empresa de servicios públicos mixta, desarrolla una función pública, y en consecuencia es sujeto pasivo de la acción de cumplimiento.

CONTROL FISCAL - Sujeto Pasivo / CONTROL FISCAL - Finalidad / CONTROL FISCAL - Titularidad y Alcance

Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a "las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos", "vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles", y es ejercido por las Contralorías nacional y territoriales (arts. 2 y 4 de la Ley 42 de 1993). La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta respecto del manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración (art. 8 ibídem) Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos. Finalmente resalta la Sala que el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto de Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, como es apenas obvio, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5o. de la carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Titularidad / SERVIDOR PUBLICO - Titular de la Acción de Cumplimiento

A términos del artículo 4 de la Ley 393 de 1997 pueden ejercitar la acción de cumplimiento los servidores públicos. En el presente caso lo hizo en tal calidad el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D.C.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Intervención de Tercero / INTERVENCION DE TERCERO EN ACCION DE CUMPLIMIENTO - Oportunidad

Cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora cuando se trata de actos de carácter general. A esta conclusión se llega en consideración a la naturaleza propia de esta acción que es alcanzar la efectividad de la legalidad abstracta en la cual están interesados todos los habitantes del territorio, lo cual por sí solo justifica la garantía de la intervención. No obstante lo anterior, valga precisar que en punto a los actos creadores de situaciones particulares y concretas deberá acreditarse el interés para intervenir. El artículo 146 del C.C.A., modificado por el artículo 48 de la Ley 446 de 1998 prevé la intervención de terceros hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o única instancia. Como en el trámite de la acción de cumplimiento no está previsto el traslado para alegar, forzoso resulta concluir que el plazo para intervenir como tercero será hasta antes de proferirse la sentencia de primera instancia, en garantía del derecho de contradicción. Como corolario de lo anterior, precluída la oportunidad mencionada, resulta improcedente la intervención de terceros en la segunda instancia.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Requisitos / ACCION DE CUMPLIMIENTO - Trámite / JUEZ DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO - Deberes / ACCION DE CUMPLIMIENTO - Vigencia del Acto

Es reiterada la doctrina del Consejo de Estado, a propósito de la Acción de Cumplimiento, en aspectos tales como estos: a) La obligación que se pide hacer cumplir debe estar consignada en ley o acto administrativo; b) El mandato debe de ser imperativo, inobjetable, expreso, que no ofrezca el más mínimo motivo de duda; c) Estará radicado ese deber de cumplir en cabeza de la autoridad frente a la cual se pide el cumplimiento, o del particular en los términos del artículo 6o. de la Ley 393 de 1997; d) La renuencia del llamado a cumplir debe estar probada debidamente. Por otra parte, no debe olvidarse que por su propia naturaleza de mecanismo rápido, el que regula la Acción de Cumplimiento no se asimila ni puede asimilarse en su trámite al que impera en las acciones ordinaria; aquél, por el contrario, se desarrolla con arreglo a los principios de "publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad". (ib. art. 2o.). El juez que conozca de ella tiene competencia única y exclusivamente para verificar, por una parte, que la obligación que se pide cumplir, exista, y por otro lado, que el demandado para que cumpla sí es el obligado a cumplir y, por último, que ha sido probadamente renuente a hacerlo. Con todo, si bien conforme al artículo 268 numeral 12 constitucional, el Contralor General de la República dicta normas generales para armonizar los Sistemas de Control Fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, la expedición del respectivo acto no tiene de suyo la virtualidad de dejar insubsistentes las reglamentaciones que, por disposición del artículo 272 ibd., dictan los contralores territoriales. Por lo demás, la demandada no se tomó el trabajo de señalar la presunta contradicción existente entre lo dispuesto en la Resolución orgánica por el mencionado texto de la Resolución 013 del Contralor Distrital, asunto que por lo demás escapa a los fines de la acción de cumplimiento, pues el es propio del ámbito de una acción de nulidad. Además resulta evidente que no hay lugar a la inaplicación del acto cuyo cumplimiento se solicita; la argumentación de CODENSA S.A. se limita a referenciar las competencias del Contralor General de la República en la materia, olvidando que los contralores territoriales a término del artículo 272 constitucional cumplen las mismas funciones de aquél, sin que la facultad de armonizar los sistemas de control fiscal necesariamente, deba resultar contraria, en abstracto como lo pretende CODENSA S.A., con lo reglamentado por el Contralor Distrital. El hecho es que no se ha probado que exista incompatibilidad de la Resolución 013 de 1998 con la Constitución, por lo que es improcedente la aplicación de la excepción consagrada en el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, como lo pretende la entidad impugnante. Por lo demás, tampoco procede la inaplicación de norma legal alguna o de otra disposición de superior jerarquía normativa respecto de tal acto.

RENUENCIA EN ACCION DE CUMPLIMIENTO - Prueba

En autos aparece el oficio 0210 - 0528 del 30 de octubre de 1998, mediante el cual la Contraloría requiere a la demandada para que dé cumplimiento al artículo 13 del mencionado acto. Obviamente la Sala no objeta que la demandada emplee los medios de defensa que considere pertinentes, pero lo cierto es que estando obligada a cumplir el acto mencionado se ha abstenido de hacerlo, a pesar de su carácter general e impersonal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).-

Radicación número: ACU-615

Actor: CONTRALORIA DE SANTAFE DE BOGOTA, D.C.-

Demandado: CODENSA S.A. ESP

Conoce la Sala de la apelación formulada por el Gerente General de CODENSA S.A. E.S.P. contra la sentencia proferida el 21 de enero de 1999 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se despachó favorablemente la Acción de Cumplimiento que contra la apelante interpuso la Contraloría de Santa Fe de Bogotá D.C.

HECHOS

Son, fundamentalmente, estos:

“ ...

- 6.- Con el objeto de dar aplicación a lo establecido por la Constitución y la Ley y, atender los parámetros dados por la Honorable Corte Constitucional en abundante jurisprudencia proferida en materia de control fiscal, el Contralor de Santa Fe de Bogotá profirió la Resolución 013 del 30 de septiembre de 1998 “Por la cual se expide el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como Sociedades por Acciones donde exista participación del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá”, que en su artículo 1 estableció: **“CAMPO DE APLICACION.-** La presente resolución se aplica a todas aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones, en donde haya participación directa del Distrito Capital en la conformación del capital social o indirecta a través de la participación accionaria de éstas en otras sociedades de servicios públicos (...).”

Con fundamento en lo establecido en esta resolución y la Constitución y la Ley, la Contraloría ofició al Gerente de CODENSA S.A. ESP con el objeto de que diera cumplimiento a lo ordenado en ella; no obstante, la empresa indicó su negativa y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá decidió iniciar el proceso

sancionatorio fiscal correspondiente conforme a las facultades que tiene reconocidas en los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993.

- 8.- A pesar de la claridad de las normas constitucionales que establecen el ejercicio del control fiscal procede frente a la administración y los particulares que manejen fondos o bienes públicos, CODENSA S.A. E.S.P. insiste en negarse a suministrar la información requerida por este organismo de control para el ejercicio de la vigilancia fiscal que constitucional y legalmente le corresponde adelantar frente a la empresa.

Se debe resaltar que debido a la negativa de CODENSA S.A. E.S.P. a suministrar los documentos requeridos por este organismo de control, la entidad no ha podido establecer si las actuaciones adelantadas con relación a la participación de recursos distritales en el capital de la empresa, se han satisfecho los principios de economía, eficiencia, eficacia y equidad, así como tampoco ha podido evaluar el manejo que se le ha dado a los recursos distritales comprometidos en su objeto social.

- 9.- A pesar de la clara negativa de CODENSA S.A. E.S.P. a dar cumplimiento a las disposiciones vigentes en materia de control fiscal, con el objeto de satisfacer el requisito establecido por el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, el pasado 30 de octubre de los corrientes, y como quiera que la información descrita con anterioridad no fue remitida a esta Contraloría dentro del plazo fijado por las normas mencionadas, se procedió a través de la Unidad de Control de Recursos Energéticos, mediante oficio 0210-0528 del 30 de octubre de 1998, a solicitar al Gerente General de CODENSA, Dr. Andrés Regué Godall, el cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, o en su defecto explicar la razón de su renuencia frente al cumplimiento de los ordenamientos del acto administrativo señalados, obligación que ya se le había recordado mediante oficio 0324-0488 del 7 de octubre de 1998, reiterado por medio del oficio 0323-0512 del 21 de octubre del mismo año, ambos originados en la Unidad de Control de Recursos Energéticos.

En respuesta a lo anterior, CODENSA S.A.-E.S.P. a través del Dr. Alvaro Roberto Rivas Patiño, apoderado general de la Empresa, mediante oficio No.0555 del 13 de noviembre de 1998, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto de solicitud de cumplimiento contenido en el oficio 0210-00528 del 30 de octubre de 1998 emanado de la Unidad de Control de Recursos Energéticos, recursos evidentemente improcedentes, y declaró su renuencia al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998 por considerar que Codensa S.A. E.S.P. no tiene como accionista a la Nación ni a ninguna de sus entidades territoriales ni a entidades descentralizadas de aquéllas o éstas, toda vez que el capital de la sociedad no se integró ni cuenta a la fecha con aportes ni participaciones de las referidas entidades; que Codensa S.A. se rige en un todo por las normas de la Ley 142 de 1994 y las reglas del derecho privado, que el ámbito del control fiscal está circunscrito a los bienes,

actos y contratos que versen de manera directa, expresa y exclusiva sobre ellos, en virtud de lo establecido en el artículo 27.4 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; que la presentación de la información contenida en el artículo 9º. de la Resolución 013 de 1998 excede el ámbito del control fiscal establecido para estas empresas; que la citada resolución pretende imprimir efectos retroactivos al solicitar informaciones de períodos anteriores a la vigencia de la misma y finalmente, que la información solicitada es de carácter confidencial y reservada en virtud de lo dispuesto en los artículos 15 de la Constitución Política, y 61ª 67 del Código de Comercio.

Basta entonces cotejar, de una parte, los ordenamientos y obligaciones ya descritos, establecidos en la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y la Resolución 013 de 1998 y de otra, la respuesta justificatoria del incumplimiento de Codensa S.A.-E.S.P. en el cual se materializa la renuencia debidamente probada con esta acción - para determinar con claridad la manifiesta infracción de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios en cita.

Por la negativa de la Empresa a entregar la información requerida, este órgano de control fiscal, al margen de la acción de cumplimiento que se instaura ante el Honorable Tribunal, decidió iniciar el correspondiente proceso sancionatorio fiscal, conforme a las facultades consagradas en los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993, la Resolución Reglamentaria 029 de 1995 y la misma Resolución 013 de 1998, el cual fue fallado en primera instancia, sancionando al señor Gerente de Codensa, Dr. Andrés Regué Godall a pagar la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00)

Se debe resaltar que debido a la renuencia de Codensa S.A.-E.S.P. a suministrar los documentos requeridos por este organismo de control, la entidad no ha podido establecer si las actuaciones adelantadas con relación a la participación de recursos distritales en el capital de la empresa, se han satisfecho los principios de economía, eficiencia, eficacia y valoración de los costos ambientales, así como tampoco ha podido evaluar el manejo que se le ha dado a los recursos distritales comprometidos en su objeto social.

- 10.- Del incumplimiento a lo establecido en las normas constitucionales y legales (Constitución Política artículos 267 y siguientes, Ley 42 de 1993 y 142 de 1994), **se han derivado perjuicios** no sólo para la Contraloría Distrital a quien se le ha impedido el ejercicio de la vigilancia fiscal en el Distrito, sino adicionalmente para la comunidad residente en la capital que se ha visto privada del ejercicio del derecho de vigilar el destino dado a los recursos con que ha contribuido, en miras a lograr la satisfacción de las necesidades colectiva". (fls. 6 a 8).

OPOSICION DE LA DEMANDA

La sociedad CODENSA S.A. E.S.P. se opone a la prosperidad de la acción según los argumentos expuestos en su escrito de folios 202 a 231, con anexos obrantes a folios 232 a 293.

EL FALLO APELADO

Entre sus consideraciones para despachar favorablemente esta Acción de Cumplimiento el Tribunal expuso:

“No hay duda alguna que el estado como socio debe y puede controlar el manejo de Codensa y para ello en la asamblea general de accionistas, como en cualquier sociedad con aportes privados puede participar en la designación proporcional de directivos, en el nombramiento del revisor fiscal, en el examen de sus libros y papeles, en la significación (sic) de directivas y orientación para la sociedad y en la disposición de órdenes y de reformas.

La dificultad se presenta a responder si ese control, si esta intervención en los asuntos sociales solo se puede hacer a través de los mecanismos consagrados en la ley mercantil que están a la mano de la administración, específicamente del Alcalde y de sus delegados, sino también, a más de ello, por la propia naturaleza de los caudales, hay la posibilidad que los organismos de gestión fiscal puedan intervenir, no en la Asamblea, no en la designación de revisor, pero sí en una vigilancia constante de las metas, de los objetivos, de los propósitos, que la sociedad tiene en la medida en que involucra caudales públicos.

Y la respuesta a ésta pregunta debe ser la afirmativa pues no puede, a pesar de su origen popular, concentrarse en el alcalde el control de las participaciones accionarias, sino que la ley ha querido en beneficio de los dineros comunes, que un organismo de control participe en esa fiscalización.

En esas condiciones el alcalde tiene las funciones de cualquier socio pero la Contraloría maneja aquellas que corresponden a la gestión.

Las sociedades de servicios públicos estarán sometidas entonces a un triple control: al de la policía de la Superintendencia, al de sus socios entre lo que se incluye el municipio y las entidades descentralizadas aportantes, y al de la Contraloría correspondiente que debe limitar su ámbito a la parte de interés que el estado tenga pero que no desaparece por el hecho del ser social.

6º. Se argumenta que la Contraloría quiere coadministrar en la medida en que quiere medir la gestión de Codensa.

Es cierto que la Constitución de 1991, proscribió la coadministración y que aún frente a entidades públicas ella no se admite.

Pero una cosa es coadministrar y otra cosa es aplicar indicadores de gestión, averiguar si se cumplen o no las metas que se propusieron.

La misma objeción cabría frente a la Superintendencia que tiene interés en la prestación del servicio de manera eficiente y regular y que sanciona, ordena correctivos o aún intervine.

La Contraloría puede reclamar documentos para medir la gestión en la medida en que la suerte de la sociedad es la suerte de la inversión de los accionistas representa en sus acciones, que se pueden valorizar o desvalorizar según el éxito o el fracaso gerencial.

Es que el derecho público colombiano ha querido que el control sobre los dineros públicos que se aportan a sociedades se divida en el control del socio, que lo hace la administración y el control fiscal que lo hace la Contraloría". (fls. 306 y 307).

LA APELACION

CODENSA S.A E.S.P. expone las razones de su inconformidad en el escrito que obra a folios 312 a 332.

Sostiene, que no es una entidad pública ni ejerce funciones públicas como, acertadamente, lo concluye el fallo impugnado; que el tema específico de la acción de cumplimiento no hace relación con el servicio público que presta y por el contrario se contrae al cumplimiento de una reglamentación expedida por la misma Contraloría, cuya legalidad se discute, y que en todo caso desapareció del mundo jurídico al ser derogada por normas de superior categoría.

Agrega que CODENSA no es autoridad, ni en su condición de particular cumple funciones públicas, ni la acción de cumplimiento versa sobre las que cumple, de forma que no se dan los requisitos de procedibilidad de la acción previstos en el artículo 6º de la Ley 393 de 1993, disposición de carácter restrictivo.

Expresa que el fallo desconoce el derecho de defensa y el debido proceso en la medida en que convierte a CODENSA, por analogía, en sujeto pasivo de la acción, obligándola a cumplir una obligación que está a cargo de otra entidad, cuando las obligaciones no pueden crearse o transferirse analógicamente.

Afirma que la acción de cumplimiento contra particulares es excepcional ya que la norma prevé, de manera general, que procederá contra las autoridades

renuentes, y contra los particulares solo cuando cumplan funciones públicas y en relación con el ejercicio de las mismas.

Que el derecho de defensa ejercido por CODENSA al exigir que la Contraloría se ajuste a los parámetros legales, y las acciones judiciales que ha interpuesto no pueden ser entendidas como renuencia y muchos menos como un obstáculo para el cumplimiento de las funciones de entidad accionante.

De otra parte, afirma que la Resolución 013 fue derogada tácitamente por la Resolución Orgánica de la Contraloría General de la República, sin que sea de recibo la argumentación del Tribunal en el sentido de que tal examen no es procedente en esta acción y, por el contrario, estima que lo mínimo que corresponde al juzgador es establecer si la disposición que se considera incumplida existe o fue derogada.

Expresa sobre el punto, que a la luz del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, la Resolución Orgánica, norma posterior y de superior jerarquía que la que se invoca como incumplida, previó las normas para aplicar y armonizar la vigilancia de la gestión fiscal de las E.S.P., lo cual implica una derogatoria tácita

Un tercer aspecto de la impugnación lo constituye la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en las condiciones previstas por el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, la cual hace consistir en el hecho de que debe aplicarse en su caso, de manera preferente, la Constitución y la Ley.

Dice que CODENSA se ha ajustado a los parámetros constitucionales y legales y es ello, precisamente, lo que debe exigirse a la Contraloría en el ejercicio de las competencias previstas en las Leyes 42 de 1993 y 142 de 1994, y en la Resolución Orgánica expedida por la Contraloría General; y que la excepción de ilegalidad ha sido aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin perjuicio de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, razón por la cual en este caso resulta procedente su estudio.

Considera que el acto cuyo cumplimiento se solicita es ilegal por exceso en la potestad reglamentaria ya que el asunto allí regulado es competencia exclusiva del Contralor General de la Nación; que el control al que se sujetan las E.S.P. es el previsto en la Ley 142 de 1994 y los vacíos que allí se presenten deben

llenarse mediante la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 42 de 1993, como acertadamente lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 10 de septiembre de 1998 Radicación 1.141, pronunciamiento desconocido totalmente en la sentencia que se impugna; que el fallo apelado confunde conceptos diferentes como el resultado de la gestión con la gestión misma o la naturaleza de las E.S.P. con la de las tradicionales Sociedades de Economía Mixta.

Reitera que CODENSA no maneja bienes ni fondos públicos y que la Contraloría confunde el bien objeto de vigilancia (acciones) con la entidad que las emite, desconociendo que en las sociedades comerciales, una vez el socio efectúa el aporte, éste deja de ser su propiedad individual para confundirse con la propiedad social; y que el control puede ejercerse sobre las acciones mas no sobre la sociedad de la cual forma parte la entidad pública, ya que CODENSA administra su patrimonio y no el de una entidad pública.

Que la entrega de los documentos ordenada en la sentencia constituye una clara coadministración por parte la Contraloría, conducta proscrita por la jurisprudencia y la doctrina.

Manifiesta que la Contraloría cuenta con los medios coactivos suficientes para hacer cumplir la Resolución 013, y que no puede confundirse la controversia con la renuencia.

A folios 347 a 353 y con el “fin de dar alcance al memorial de impugnación”, CODENSA transcribe parcialmente un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del cual se extracta que una acción de similares condiciones a la aquí debatida fue rechazada por improcedente; reitera el contenido del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, comentado en su impugnación; y transcribe apartes del pronunciamiento de la Sección Primera de esta Corporación, proferido en el expediente ACU-171 sentencia del 26 de febrero de 1998 de donde infiere la improcedencia de la acción de cumplimiento contra empresas del estado por no ser ellas autoridades administrativas ni ejercer funciones públicas. Insiste en la derogatoria del acto cuyo cumplimiento se ordenó en la sentencia impugnada.

Por último, en memorial obrante a folio 377 al cual anexa concepto emitido por el Contralor General de la República, expresa que allí se confirma la derogatoria de la Resolución 013 cuyo cumplimiento es objeto de controversia.

Se decide previas estas,

CONSIDERACIONES

DE LA LEGITIMACION POR PASIVA

En el recurso el impugnante insiste en la improcedencia de la acción de cumplimiento por tratarse CODENSA S.A. E.S.P. de una sociedad regida por el derecho privado que no cumple funciones públicas, de lo cual surgiría una falta de legitimación por pasiva.

Por Escritura Pública No. 4610 del 23 de octubre de 1997 de la Notaría 36 de ésta ciudad, se constituyó la sociedad comercial por acciones denominada CODENSA S.A. E.S.P., del tipo de las anónimas, como empresa de servicios públicos “conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994”, de cuyo capital la sociedad por acciones denominada EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. E.S.P. suscribió 144.732.655 acciones.

Esta participación hace de CODENSA S.A. una empresa de servicios públicos mixta, según el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, dado que los aportes estatales son superiores al 50% del capital social.

La función pública, implica un conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y de asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige que ella se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, **la eficacia**, la economía, la celeridad, la imparcialidad y **la publicidad, cuya aplicación permite asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, así como generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.**

En la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea confiado a particulares. El país asiste de manera clara a una reducción vertiginosa del papel del Estado en la vida económica, razón por la cual su intervención en la prestación de los servicios públicos se ha debilitado y dentro del actual esquema, la prestación por entes públicos se efectúa de manera supletoria en aquellos municipios en los que la iniciativa privada no se muestra interesada, vale decir, en los que los índices de rentabilidad no son lo suficientemente halagadores para el capital privado. Tal la explicación de la ola de privatizaciones en materia de servicios públicos, particularmente los domiciliarios, política que corresponde a una variación sustancial del modelo económico, la que a su vez refleja la crisis del Estado intervencionista, el cual a pesar de todo, mantiene presencia en la preceptiva constitucional. .

Así entonces, no existe una separación absoluta entre las órbitas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, y si bien los particulares están asumiendo en la práctica la prestación de los servicios públicos, en las más de las veces con la participación mayoritaria de entidades estatales, ellos se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades propios del desempeño de funciones públicas, lo cual tiene validez, en cuanto busca la transparencia de la función y asegurar el interés general propios de las tareas confiadas a particulares.

En el punto específico de los servicios públicos el artículo 365 de la C.P. prevé que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado y pueden estar en manos de los particulares, pero su regulación, control y vigilancia seguirá a cargo del Estado.

El concepto de servicio público comprende diversos tipos, en forma tal que es posible distinguir entre servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios. A la luz del artículo 5º de la Ley 143 de 1994 "La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública". A esta categoría corresponde el servicio de energía que presta CODENSA.

Ahora bien, como quiera que CODENSA niega su calidad de autoridad pública y considera que no está sujeta a las previsiones de la acción de cumplimiento, pues a su juicio no ejerce funciones públicas, basten las siguientes consideraciones para mostrar la improcedencia de su posición jurídica.

Como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional, cuando los particulares "... son investidos de poder en virtud de la prestación de un servicio público, asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar derechos constitucionales" (Sentencia T-638 de 1998). A lo cual concurre claramente lo dispuesto en el artículo 1º, in fine, del C.C.A.

Y agrega la providencia mencionada que "Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional, el estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente privado el ejercicio de una función de naturaleza pública, (...). Así pues la entidad accionada en este caso, de naturaleza privada que presta un servicio público, actúa por esa circunstancia como autoridad pública,..." (fl. 341).

Además, la Corte al estudiar la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en Sentencia C-066 de 1997, expresó:

"Además, no existe tal favorecimiento discriminatorio para las personas a cargo de la prestación de los servicios públicos esenciales, en vista de que no es cierto que su régimen de responsabilidad no sea tan exigente como otros por el simple hecho de pertenecer al derecho privado; y menos en cuanto a estos trabajadores, quienes tienen una doble responsabilidad propia del régimen mixto de obligaciones que las cubre, pues a ellos no solamente se les aplica los artículos 55, 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos a la ejecución del contrato de trabajo con buena fe, obligaciones y prohibiciones para los trabajadores, sino, eventualmente, la ley 200 de 1995 o Código Disciplinario Unico, cuyo artículo 20 incluye a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria como destinatarios de la ley disciplinaria, estando cubiertos, entonces, también por los 28 deberes y 33 prohibiciones propias de este régimen. Luego, la responsabilidad de los trabajadores al servicio de las empresas mencionadas, en razón a la importancia de la función pública que cumplen, es mayor que la de cualquier otro servidor público, con lo cual la ley 142 de 1994 no viola, sino cumple el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Estas conclusiones, compartidas integralmente por la Sala, tienen su fundamento en la finalidad social del Estado de la cual hacen parte el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 C.P.), cometidos inherentes a los servicios públicos.

Como dijo la Sala en providencia de 21 de enero de 1999:

“Las (estas) autoridades en un Estado Social de Derecho, están sometidas en el ejercicio de sus funciones al ordenamiento jurídico, considerado éste como un sistema integral normativo jerarquizado, por lo que su actividad debe ajustarse al mismo.

“El principio de legalidad enunciado, implica la sujeción indefectible de los agentes del Estado a la ley y su fuerza vinculante comprende no sólo las “autoridades” enumeradas en el artículo 1º del C.C.A., las cuales cumplen funciones administrativas, sino también a todos cuantos, de manera general, desempeñan funciones públicas, tomada esta locución en sentido lato y por consiguiente comprensiva de aquellos que ejercen las funciones legislativa y judicial, y de los particulares cuando las desempeñen, asimilados éstos últimos a la autoridad, en cuanto tienen potestad de mando y pueden en consecuencia expedir actos que obligan a las personas y exigir que estos se cumplan (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 1998).(Expediente ACU-546- Consejero Ponente: Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce)”.

Ahora bien, es insoslayable 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.

De esta manera no están llamados a prosperar los argumentos con los cuales CODENSA S.A. E.S.P. pretende sustraerse al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, expedida por el Contralor Distrital; pues a pesar de ser una empresa de servicios públicos mixta, desarrolla una función pública, y en consecuencia es sujeto pasivo de la acción de cumplimiento.

ALCANCE DEL CONTROL FISCAL

El Estado Colombiano, que es social de derecho, entre sus múltiples poderes ejerce el de control, el que le es inherente como garante de la libertad y de la justicia “dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”, como lo proclama el Preámbulo de la Constitución Política -, el cual está informado, con carácter consubstancial, por la prevalencia del interés general.

Las funciones de control, en el Estado moderno, no se interpretan como una intromisión en la libertad de las personas ni como una reducción de sus derechos, sino como una indispensable intervención, que, a más de coadyuvar a la gestión pública por retroalimentación, tienden a garantizar la convivencia social dentro de principios de justicia.

Por lo demás, ninguna libertad es de suyo absoluta, como tampoco existen derechos absolutos, una y otros encuentran límites en la libertad y derechos de los demás, por lo que tales conceptos adquieren su esplendor en el campo de lo social, a través del equilibrio por la intervención del Estado, cuyas autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en “... sus derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (art. 2º C.P.).

De esta manera corresponde al Estado, por conducto de sus autoridades, ejercer los diversos controles atribuidos por la Carta Fundamental y entre ellos el fiscal, función pública - ejercida por las contralorías nacional y territoriales - para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, o de los entes territoriales, según los precisos y perentorios términos de su artículo 267.

El alcance de este control ha sido fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1995, conforme a la cual:

“El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas.

a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

.....

En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1º., 2º., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.) (Subraya la Sala).

De otra parte, valga resaltar que a términos del artículo 6º constitucional, los particulares son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes, principio reiterado en el artículo 95 Ibid.

Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a “las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos”, (...) “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”, y es ejercido por las Contralorías nacional y territoriales (arts. 2º y 4º de la Ley 42 de 1993). La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta respecto del manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración (art. 8º Ibid.).

Por su parte el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994 dispone:

“En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigencia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales”. (Subraya la Sala)

Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos.

Finalmente resalta la Sala que el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto de Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, como es apenas obvio, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5º de la carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

El alcance del control fiscal quedó claramente definido en la Sentencia C-167 de 1995, así:

“...La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública **que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. **Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares....****

....Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; **por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.**" (Resalta la Sala)

DE LA TITULARIDAD DE LA ACCION:

A términos del artículo 4º de la Ley 393 de 1997 pueden ejercitar la acción de cumplimiento los servidores públicos. En el presente caso lo hizo en tal calidad el Contralor de Santa Fe de Bogotá, D.C.

LA INTERVENCION DE TERCEROS EN EL TRAMITE DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO

Mediante memoriales que obran a folios 358 a 361 y 363 a 370, el señor Orlando Arias Zorrilla actuando en nombre propio y la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) a través de apoderado, solicitan se les tenga como coadyuvante el primero, y como impugnador el segundo.

Observa la Sala que no se acreditó en el proceso la calidad y funciones de quien a nombre de la CREG otorga poder, razón por la cual no se le puede reconocerse al Doctor Angel Castañeda personería para actuar, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Para resolver la coadyuvancia del ciudadano Orlando Arias Zorrilla dirá la Sala:

La Ley 393 de 1998 no contempla la intervención de terceros, sin embargo el artículo 30 de la misma remite, en lo que sea compatible con esta acción, al Código Contencioso Administrativo.

El objeto de la Acción consagrada en el artículo 87 de la C.P. es hacer efectivo el cumplimiento de las normas aplicables con fuerza material de ley o de los actos administrativos.

Considera la Sala entonces que cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte coadyuvante o impugnadora cuando se trata de actos de carácter general. A esta conclusión se llega en consideración a la naturaleza propia de esta acción que es alcanzar la efectividad de la legalidad abstracta en la cual están interesados todos los habitantes del territorio, lo cual por sí solo justifica la garantía de la intervención.

No obstante lo anterior, valga precisar que en punto a los actos creadores de situaciones particulares y concretas deberá acreditarse el interés para intervenir.

El artículo 146 del C.C.A., modificado por el artículo 48 de la Ley 446 de 1998 prevé la intervención de terceros hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o única instancia.

Como en el trámite de la acción de cumplimiento no está previsto el traslado para alegar, forzoso resulta concluir que el plazo para intervenir como tercero será hasta antes de proferirse la sentencia de primera instancia, en garantía del derecho de contradicción. Como corolario de lo anterior, precluída la oportunidad mencionada, resulta improcedente la intervención de terceros en la segunda instancia.

En este caso la solicitud fue presentada con posterioridad al recibo del expediente para el trámite de la impugnación, razón por la cual se negará la intervención impetrada ya que resulta extemporánea.

DE LOS REQUISITOS DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO

Es reiterada la doctrina del Consejo de Estado, a propósito de la Acción de Cumplimiento, en aspectos tales como estos: a) La obligación que se pide hacer cumplir debe estar consignada en ley o acto administrativo; b) El mandato debe de ser imperativo, inobjetable, expreso, que no ofrezca el más mínimo motivo de duda; c) Estará radicado ese deber de cumplir en cabeza de la autoridad frente a

la cual se pide el cumplimiento, o del particular, en los términos del artículo 6º de la ley 393 de 1997; d) La renuencia del llamado a cumplir debe estar probada debidamente.

Por otra parte, no debe olvidarse que por su propia naturaleza de mecanismo rápido, el que regula la Acción de Cumplimiento no se asimila ni puede asimilarse en su trámite al que impera en las acciones ordinaria; aquél, por el contrario, se desarrolla con arreglo a los principios de “publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad”.(Ib. art. 2º).

El juez que conozca de ella tiene competencia única y exclusivamente para verificar, por una parte, que la obligación que se pide cumplir, **exista**, y por otro lado, que el demandado para que cumpla **sí es el obligado a cumplir** y, por último, que ha sido probadamente renuente a hacerlo.

Dicho lo anterior, se examinará si las condiciones enunciadas en los literales a), b) y d) están dadas en este caso, pues en acápites anteriores quedó claro el cumplimiento de la mencionada en el literal c):

1) Naturaleza del acto cuyo cumplimiento se solicita

Cuanto se pide hacer cumplir es, evidentemente, un **acto administrativo de carácter general**, a saber, la Resolución 013 de septiembre de 1998, - expedida en desarrollo de los artículos 268 y 272 de la C.P., la Ley 42 de 1993, el Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley 142 de 1994- por el Contralor de Santa Fe de Bogotá y que en lo que importa para el caso a estudio establece:

“RESOLUCION REGLAMENTARIA No. 013 de 30 de SEPTIEMBRE DE 1998

“Por la cual se expide el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”

“ARTICULO PRIMERO: CAMPO DE APLICACION. La presente resolución se aplica a todas aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones, donde haya participación directa del Distrito Capital en la conformación del

capital social o indirecta a través de la participación accionaria de éstas en otras sociedades de servicios públicos.

Así mismo se aplica cuando éstas empresas manejen, administren, custodien, recauden, conserven, enajenen, gasten, dispongan o inviertan recursos del Distrito Capital.

ARTICULO SEGUNDO: ALCANCE DEL CONTROL. El control se ejercerá sobre la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital, a los derechos que dicha participación confiera sobre el resto del patrimonio, a los dividendos o utilidades que le corresponda, a los actos y contratos que tengan relación con la participación del Distrito, y a los demás hechos que tengan relación directa con la gestión y resultados empresariales. (FL. 56).

.....

ARTICULO NOVENO: FUENTES DE INFORMACION.- Para ejercer el control fiscal, la Contraloría de Santa Fe de Bogotá utilizará la información de las empresas deben presentar a la Asamblea General de Accionistas, a su Junta Directiva, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a las Comisiones de Regulación, a las Unidades de Planeación ministeriales, y a las demás autoridades frente a las cuales tengan obligación legal de suministrar información, para lo cual las entidades controladas remitirán directamente a la Contraloría dicha información.

Los responsables suministrarán de manera específica a la Contraloría la siguiente información en los términos previstos en esta resolución.

1.- Información Contable.

1.1.- Los libros de contabilidad, los comprobantes originales y sus respectivos soportes (internos y externos) que afecten los registros contables, deberán ser colocados a disposición permanente de la Contraloría, de tal forma que su auditoría contribuya a la evaluación de la gestión fiscal y aporte elementos adicionales para toma de decisiones gerenciales.

1.2.- Los Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de cada año, a saber: Balance General, de Resultados o de Actividad Económica, Financiera y Social, Estado de Cambios en la Situación Financiera, Estado de Cambios en el Patrimonio, Estado de Flujo de Efectivo y las Notas a los Estados Financieros debidamente certificadas, presentados de manera individual o consolidada, según el caso.

Las Empresas deberán colocar a disposición de la Contraloría el Balance General y el Estado de Resultado con corte a junio 30 de cada año.

1.3.- El Estado de Cartera.

1.4- El Estado de Costos y Gastos, y,

1.5.- Los Informes de Ejecución Presupuestal.

Parágrafo: Los plazos para la presentación de la información contable, de costos y gastos y presupuestal, será la misma que exige la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios utilizando los mismos formatos, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1.1.

2.- Información Administrativa.- Será la misma que por Ley deberá ser enviada a la Superintendencia de Servicios Públicos, en los plazos señalados por ese organismo.

3.- Información sobre las metas y objetivos.-

3.1.- Los planes, programas y proyectos presentados para su aprobación a las Unidades de Planeación Ministerial respectiva, deberán ser enviados el primer día hábil de abril de cada año.

3.2.- El plan indicativo, una vez aprobado por la Unidad de Planeación Ministerial respectiva, deberá ser enviado dentro de los tres (3) días calendario siguientes a su aprobación.

3.3.- Los informes semestrales de avances de ejecución de los planes correspondientes al primer semestre serán enviados el primer día hábil de agosto y los del segundo semestre serán enviados el primer día hábil de febrero.

4.- Contratación.- La relación de los contratos celebrados por la empresa que contenga la información que para el efecto señale la Contraloría Distrital, será remitida trimestralmente durante los primero cinco (5) días hábiles del mes siguiente al que corresponda la información.

5.- Información Operacional y estadística.- Las dependencias de las empresas deberán enviar semestralmente las estadísticas o informes operacionales respectivos para la aplicación de instrumentos de evaluación económica, durante los treinta (30) días siguientes al que corresponda la información.

6.- Información Ocasional.- La Contraloría Distrital podrá solicitar a las Empresas de Servicios Públicos, las actas de la asamblea general de accionistas y de la junta directiva, cuando esta lo requiera para el cumplimiento de sus funciones, y cualquier acto o documento que sea necesario para evaluar la gestión fiscal de la empresa”.

“Artículo Décima Tercero: **REMISION ESPECIAL DE INFORMACION.-** Las Empresas de Servicios Públicos a que se refiere esta Resolución, deberán remitir a las Unidades de Control respectivas de la Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D.C. dentro los veinte (20) días calendario siguientes a la vigencia de esta Resolución, la información contenida en el artículo noveno, corresponde al segundo semestre de 1997 y primer semestre de 1998”. (fls. 11 a 13).

2) Vigencia del acto

Considera la Sala que el acto administrativo transcrito está vigente, pues no se ha probado que haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa ni acerca de él puede predicarse la “derogatoria tácita” de que habla la entidad demandada.

Esa norma **impone diversas obligaciones** a las empresas de servicios públicos domiciliarios que incorporen participaciones o aportes estatales (directa o indirectamente), como consecuencia del control fiscal que la Contraloría Distrital debe por mandato constitucional y legal ejercer, las que cubren a CODENSA S.A. E.S.P.

Contrario a lo que pretende la empresa demandada, la Acción de Cumplimiento no está instituida para ocupar la atención de la Sala, por ejemplo, en dilucidar si hubo, o no, derogatoria “tácita” del acto a cumplir. Al juez de Cumplimiento le basta simplemente con establecer que la norma que se pide hacer cumplir no se tache probadamente de inexistente o suspendida para acoger la Acción si también aparece, palmariamente, que el llamado a hacerlo **sí, ciertamente, debe cumplir**.

Con todo, si bien conforme al artículo 268 numeral 12 constitucional, el Contralor General de la República dicta normas generales para armonizar los Sistemas de Control Fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, la expedición del respectivo acto no tiene de suyo la virtualidad de dejar insubsistentes las reglamentaciones que, por disposición del artículo 272 Ibid., dictan los contralores territoriales. Por lo demás, la demandada no se tomó el trabajo de señalar la presunta contradicción existente entre lo dispuesto en la Resolución orgánica por el mencionada con el texto de la Resolución 013 del Contralor Distrital, asunto que por lo demás escapa a los fines de la acción de cumplimiento, pues el es propio del ámbito de una acción de nulidad.

Además resulta evidente que no hay lugar a la inaplicación del acto cuyo cumplimiento se solicita; la argumentación de CODENSA S.A. se limita a referenciar las competencias del Contralor General de la República en la materia, olvidando que los contralores territoriales a término del artículo 272 constitucional cumplen las mismas funciones de aquél, sin que la facultad de armonizar los sistemas de control fiscal necesariamente, deba resultar contraria, en abstracto como lo pretende CODENSA S.A., con lo reglamentado por el Contralor Distrital.

El hecho es que no se ha probado que exista incompatibilidad de la Resolución 013 de 1998 con la Constitución, por lo que es improcedente la aplicación de la excepción consagrada en el artículo 20 de la Ley 393 de 1997, como lo pretende la entidad impugnante. Por lo demás, tampoco procede la inaplicación de norma legal alguna o de otra disposición de superior jerarquía normativa respecto de tal acto.

No sobra recordar que a términos del artículo 66 del C.C.A. "... los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

En punto a la presunta ilegalidad del acto por contener el artículo 3º de la Resolución 013 como objeto del Control Fiscal la locución "con el propósito de aportar elementos a la gestión empresarial para la toma de decisiones", precepto que a juicio de CODENSA entrañaría coadministración por parte de la Contraloría, dirá la Sala que tal objeción corresponde dilucidarla a la jurisdicción contencioso administrativa mediante el ejercicio de la acción de nulidad ya intentada por la demandada como lo anuncia al folio 314, ítem 2.6.

Finalmente, en relación con la eficacia de la Resolución en cuestión, la Contraloría Distrital mediante oficio que obra de folios 63 vto. a 65, comunicó a CODENSA S.A. que la resolución fue publicada en el Registro Distrital 1752 del 2 de octubre de 1998. Además, este hecho es admitido por la Empresa al folio 313 del cuaderno principal.

3) Prueba de la renuencia

Como se dejó establecido CODENSA S.A. E.S.P. está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 - la cual está respaldada en su contenido por las facultades otorgadas a las Contralorías de todos los niveles en las normas constitucionales y legales analizadas - y hasta la fecha no lo ha hecho.

De otra parte, en autos aparece el oficio 0210 -0528 del 30 de octubre de 1998, mediante el cual la Contraloría requiere a la demandada para que dé cumplimiento al artículo 13 del mencionado acto (fl.63 v- a 65). Obviamente la Sala no objeta que la demandada emplee los medios de defensa que considere

pertinentes, pero lo cierto es que estando obligada a cumplir el acto mencionado se ha abstenido de hacerlo, a pesar de su carácter general e impersonal.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la sentencia materia de la impugnación debe ser confirmada, como en efecto se hará.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1) Confírmase la sentencia, proferida el 21 de enero de 1999 por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la Acción de Cumplimiento entablada por la Contraloría de Santa Fe de Bogotá D.C. contra la empresa CODENSA S.A. ESP.

2) Niégase la solicitud de intervención formulada por el señor Orlando Arias Zorrilla quien actúa en nombre propio.

3) No se reconoce personería al Doctor Angel L. Castañeda M. como apoderado de la Comisión de Regulación de Energía y Gas puesto que quien le confirió poder no demostró la calidad con que actúa.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NICOLAS PAJARO PEÑARANDA
ARCE

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

MERCEDES TOVAR DE HERRAN
Secretaria General

ACCION DE CUMPLIMIENTO CONTRA PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCION PUBLICA - Finalidad / ACTO ADMINISTRATIVO - Facultades de la administración para hacerlo cumplir

Si bien es cierto que por virtud del artículo 60 de la Ley 393 de 1997, la acción también puede incoarse contra particulares, cuando éstos actúen o deban actuar en el ejercicio de funciones públicas y las empresas de servicios públicos domiciliarios fueron investidas por la Ley 142 de 1994 de derechos, prerrogativas y deberes de autoridad pública, el citado artículo 6º aclara que ello es posible sólo para el cumplimiento de tales funciones, lo que significa que respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios cabe la acción de cumplimiento en relación con aquellos deberes que afectan la prestación del servicio, no con otros que simplemente deban cumplir como particulares. Para mí es claro que por tratarse de un acto administrativo de contenido general e imperativo, la administración tiene poderes suficientes para hacer cumplir por sí misma el reglamento, aún contra la voluntad del administrado.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santa Fe de Bogotá D.C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación número: ACU-615

Actor: CONTRALORIA DE SANTA FE DE BOGOTA

Demandado: CODENSA S.A. ESP

Con todo respeto debo manifestar que disiento de la decisión mayoritaria de la

Sala,
por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 87 de la Constitución Política, la acción de cumplimiento fue instituida para obtener de una autoridad pública el cumplimiento efectivo de una ley o acto administrativo.

En el caso sub judice se invirtió el objetivo de la acción, pues es la autoridad pública la que incoa la acción contra un particular para que dé cumplimiento a un acto administrativo al cual está sometido por ser parte de la normatividad que lo rige.

Y si bien es cierto que por virtud del artículo 60 de la Ley 393 de 1997, la acción también puede incoarse contra particulares, cuando éstos actúen o deban actuar en el ejercicio de funciones públicas y las empresas de servicios públicos domiciliarios fueron investidas por la Ley 142 de 1994 de derechos, prerrogativas y deberes de autoridad pública, el citado artículo 6º aclara que ello es posible sólo para el cumplimiento de tales funciones, lo que significa que respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios cabe la acción de cumplimiento en relación con aquellos deberes que afectan la prestación del servicio, no con otros que simplemente deban cumplir como particulares.

Para mí es claro que por tratarse de un acto administrativo de contenido general e imperativo, la administración tiene poderes suficientes para hacer cumplir por sí misma el reglamento, aún contra la voluntad del administrado.

En mi opinión por tanto, lo que procedía era el rechazo de la acción.

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS